ملاحظة: تم التصحيح،
ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هـــ.
متن العروة مميز عن شرح المصنف بهذه الأقواس {   }

الفقه

الجزء الحادي والخمسون

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ ـــ ١٩٨٨م

مُنقّحة ومصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم ـــ طباعة. نشر. توزيع

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

بيروت لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الضمان والحوالة

دار العلوم

بيروت لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب الضمان

وهو من الضمن

كتاب الضمان

الكتاب بمعنى الجمع، ولذا يقال لمجموعة من المسائل المدونة كتاب، فالمراد المسائل المدونة في باب الضمان.

{وهو من الضمن} كما في المسالك وغيره، لأنه يجعل ما في ذمة إنسان من المال في ضمن ذمة أخرى.

قال في الجواهر: أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، فالنون فيه أصلية، فعلى الأول: يكون الملحوظ المظروف، وعلى الثاني: الظرف، فإن الذمة تضمن المال.

أما هل قيل له الضمان بملاحظة الذمة أو بملاحظة المال، احتمالان.

أما قول المستمسك في رد المسالك في كونه عندنا مشتقاً من الضمن خفاء، فمن الجائز أن يكون الضمن مشتقاً منه، فلم يظهر وجهه، إذ الأصل اشتقاق ذي الزائد من غيره لا بالعكس، ولا شك أن الضمان أزيد حرفاً من الضمن.

لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما، وما قيل من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة واضح الفساد، إذ مع منافاته لسائر مشتقاته

{لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له فالنون فيه أصلية} كما قاله المسالك والجواهر وغيرهما، مثل الرهان والدهان وغيرهما من الرهن والدهن {كما يشهد له سائر تصرفاته} الذي بمعناه {من الماضي} فيقال: ضمنه {والمستقبل} فيقال: يضمنه {وغيرهما} فيقال: اضمنه، ولا يقال ضمه ويضمه وضمه، فليس مثل الجنان والعنان من جنّ وعنّ وهكذا.

{وما قيل} والقائل به أكثر العامة.

قال في المسالك: إنهم قالوا إن الضمان غير ناقل، وإنما يفيد اشتراك الذمتين لاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة، لأنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى، فيتخير المضمون له في المطالبة.

{من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة} بخلافه على ما ذكرناه {واضح الفساد إذ مع منافاته لسائر مشتقاته} كما عرفت، وذلك دليل على عدم اشتقاق أحدهما من الآخر، إذ اللفظة الزائدة في كلمة لا تدور في سائر المشتقات، مع أنا نرى دوران النون في المقام، والاشتقاق الكبير لا يدل على وحدة المعنى، فقول المستمسك: اللهم الاّ أن يكون المراد الاشتقاق الكبير، محل نظر.

لازمه كون الميم مشددة.

وله إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفالة أيضاً فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس، وإطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعةً أو عملاً

{لازمه كون الميم مشددة} لما في أصله، فإن الضمان بتخفيف الميم، بينما ضمّ بتشديد الميم، لكن لا يخفى أن هذا ليس دليلاً لكثرة الحذف والتبديل في الحروف الأصلية، نعم الأصل عدمهما.

{وله} أي للضمان {إطلاقان، إطلاق بالمعنى الأعم الشامل للحوالة والكفالة أيضاً} فيقال: ضمنه إذا قبل حوالته، كما يقال: ضمنه إذا كفله، كما يشمل معنى ثالثاً وهو تعهد أنه إن لم يدفع دفع عنه مما لا ينقل الذمة {فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس} ومعنى تعهد المال أن يعطيه، وتعهد النفس أن يحضرها، وإذا لم يحضرها تحمل الخسارة، لكنه في الشريعة لا يتحمل الحبس والجلد ونحوهما، بينما عند بعض الناس قديماً وحديثاً يتحملها أيضاً، فإذا لم يحضر مستحق القتل قُتل بدله.

{وإطلاق بالمعنى الأخص، وهو التعهد بالمال عيناً} بأن يعطي عينه {أو منفعةً} بأن يعطي بدل منفعته إذا لم يسلم المؤجر الدار إلى الأجير مثلاً، {أو عملاً} بأن يعطي قيمة العمل، كما إذا استأجر الأجير فضمن الضامن عمله، فإذا لم يعمل أعطاه قيمة العمل مثلاً.

والظاهر أن الأول: معنى لغوي يستعمله العرف العام أيضاً.

أما الثاني: فهو اصطلاح فقهي.

فالمراد بالضمان المقسم في كلام المصنف أعم منهما، وكلاهما حقيقة فلا مجاز في البين.

وهو المقصود من هذا الفصل، ويشترط فيه أمور:

أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كل لفظ دال، بل يكفي الفعل الدال ولو بضميمة القرائن، على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني: القبول من المضمون له

وبذلك يظهر لك وجه النظر في كلام جملة منهم.

{وهو المقصود من هذا الفصل} ولذا عرفه محكي المبسوط والوسيلة بأنه إثبات مال في الذمة بعقد.

أقول: وسيأتي الكلام في صحة المعاطاة فيه، فالمراد بالعقد إما الأعم، أو على سبيل المثال، أو هو عند من لا يرى المعاطاة فيه.

{ويشترط فيه أمور:}

{أحدها: الإيجاب، ويكفي فيه كلّ لفظ دال} أما اشتراط الإيجاب فلأنه حتى يتحقق العقد، وبدون ذلك لا يكون عقد حتى يكون وفاء به، وأما كفاية كلّ لفظ فلإطلاق دليل العقد، ودليل الضمان بعد عدم دليل على الخصوصية، ولذا قال: {بل يكفي الفعل الدال ولو} كانت الدلالة {بضميمة القرائن} الحالية أو المقالية الدالة {على التعهد والالتزام بما على غيره من المال} فإن الفعل له الدلالة بواسطة القرائن على إنشاء العنوان، فيشمله الدليل، كما إذا سأل الدائن من يضمن الدين فأشار الضامن برأسه بالإيجاب.

ومنه يظهر صحة ذلك بالكتابة، كما ذكره بعض المعلقين.

أما قول السيدين البروجردي والجمال، واللفظ للأول: لو وجد فعل دال على ذلك على حد دلالة الألفاظ الدالة عليه، لكن الظاهر أنه مجرد فرض. وتبعه بعض آخر، فلم يظهر وجهه، ولذا سكت على المتن السيد ابن العم، وأيده السيد الحكيم.

{الثاني: القبول من المضمون له} إذ ليس الضمان من الإيقاعات عرفاً

ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك، من قول أو فعل، وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكروه ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة، بل يكفي رضا المضمون له سابقاً أو لاحقاً كما عن الإيضاح والأردبيلي

حتى يكون إمضاء الشارع للضمان موجباً لكفاية الإيجاب، بل هو من العقود فاللازم فيه القبول، هذا بالإضافة إلى أن صحة ذلك بدون قبول المضمون له تصرف في أموال الناس، وهو خلاف «الناس مسلطون على أموالهم»[1] الذي دل عليه النص والفتوى.

{ويكفي فيه أيضاً كلّ ما دل على ذلك من قول أو فعل} لما تقدم في الإيجاب، وقد سبق في بعض المباحث ما يفيد أنه لا دليل على كون الضامن موجباً والمضمون له قابلاً، بل يمكن العكس.

{وعلى هذا يكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول كذا ذكروه}، المحققان والعلامة والشهيدان وغيرهم، بل عن جامع المقاصد أن الضمان عقد إجماعاً.

{ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة} أو الجائزة كالمضاربة.

{بل يكفي رضى المضمون له سابقاً} على الضمان {أو لاحقاً} أو مقارناً، إذ لا خصوصية للسابق واللاحق {كما عن الإيضاح والأردبيلي} اختياره، بل

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣.

يظهر من الشيخ في الخلاف عدم لزوم رضى المضمون له فضلاً عن قبوله، واحتج على ذلك بضمان أمير المؤمنين (عليه السلام)[1] وأبي قتادة دين الميت[2]، ولم يسأل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن رضى المضمون له.

أقول: وقد أوردهما في الخلاف.

وروى درر اللئالي ــ كما في المستدرك ــ عن جابر بن عبد الله، أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كان لا يصلي على رجل عليه دين، فأتي بجنازة فقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «على صاحبكم دين»، فقالوا: نعم ديناران، فقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «صلوا على صاحبكم»، فقال أبو قتادة: هما علي يا رسول الله، قال: فصلى عليه، قال: فلما فتح الله على رسوله قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالاً فلورثته، ومن ترك ديناً فعليّ»[3].

وروي أيضاً، عن أبي سعيد الخدري، قال: كنا مع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) في جنازة فلما وضعت، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «هل على صاحبكم من دين»، قالوا: نعم درهمان، فقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «صلّوا على صاحبكم»، فقال علي (عليه السلام): «هما علي يا رسول الله، وأنا لهما ضامن»، فقام رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فصلى عليه، ثم أقبل على علي (عليه

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح٣، والمستدرك: ج٤ ص٤٩٨ الباب ٣ في أحكام الضمان.

السلام) فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»[١].

وعن الغوالي روايتهما بإجمال[٢].

وفي رواية معاوية بن وهب التي رواها الوسائل عن الكافي، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ذكر لنا أن رجلاً من الأنصار مات، وعليه ديناران فلم يصلّ عليه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم)، وقال: «صلّوا على صاحبكم» حتى ضمنها بعض قرابته، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «ذلك الحق» الحديث[٣].

ومثله رواية الصدوق والشيخ[٤].

وقد استدل الجواهر على الرضا بوقوع الضمان، بأنه يدل على وقوع الرضا باعتبار أن الضمان عقد مؤلف من الإيجاب والقبول، فالإخبار عنه إخبار عنه.

أقول: كما أنه لو قال: وقع النكاح أو البيع، دل على الرضا من جانب القابل.

لكن فيه: إن احتياج الضمان إلى الرضا أول الكلام، فالاستدلال بالضمان عليه أشبه بالمصادرة، اللهم الاّ أن يقال: إن الجواهر استند في ذلك إلى صحيح

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٤٩٨ الباب ٣ من أبواب الضمان ح٣، وأيضاً الوسائل: ج١٣ ص١٥١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٤٩٧ الباب ٢ من أبواب الضمان ح٣.

(٣) الفروع: ج١ ص٣٥٣، الفقيه: ج٣ ص٥٩، التهذيب: ج٣ ص٥٥، الوسائل: ج١٣ ص١٥٠ الباب ٢ في الضمان ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٣ ص١٥٠ الباب ٣ من أبواب الضامن ح١.

عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال (عليه السلام): «إذا رضي به الغرماء فقد برأت ذمة الميت»[1].

فإنه يدل على أن لا ضمان إلاّ بالرضا من الغريم، لا أنه ضمان لكن بدون الرضا، حتى يؤيد استدلال الشيخ.

فما في المستمسك من أن ظاهر اشتراط الرضا في الجواب أنه أمر زائد على الضمان، وأنه يتحقق وإن لم يرض المضمون له، وعلى هذا فوقوع الضمان لا يدل على الرضا ولا على القبول، غير ظاهر الوجه، فإن المتفاهم عرفاً من مثل هذا الشرط أنه من باب تحقق الموضوع، فهو مثل أن يقال: ما تقول في من تزوج امرأة، فقال: إذا رضيت لا بأس، ونحوه شائع.

أما ما ذكره المستمسك، من أن عدم سؤال الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) عن رضى المضمون له، فيه: إن عدم السؤال أعم من عدم اعتبار الرضا كما هو ظاهر، إذ من الجائز اطلاعه (صلى الله عليه وآله وسلم) على حصول الرضا فلم يسأل عنه، ولذلك قيل إنه قضية في واقعة لا عموم فيها.

ففيه: إن المنصرف من الروايتين عدم حضور الدائن، فهما مثل ما رواه الكليني، عن فضيل وعبيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لما حضر محمد

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٠ الباب ٢ من أبواب أحكام الضمان ح١، انظر الفروع: ج١ ص٣٥٥ وج٢ ص٣٤٠، والفقيه: ج٢ ص٦٠ و٣٨٠.

بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم: قد عرفتهم قرابتي ومترلتي منكم وعليّ دين فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): عليّ دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (عليه السلام): أما أنه لم يمنعني أن أضمنه أولاً، إلاّ كراهة أن يقولوا سبقنا»[1].

مما ظاهره أن المديون لم يكن حاضراً.

وكيف كان، حيث إن الصحيح يستفاد منه اشتراط الرضا، لابد وأن يحمل غيره مما دل على عدم اشتراط الرضا على غير الضمان اللازم، أي العرفي منه مما مهم المديون أن يتحمله إنسان، ولما يعلم الدائن بأن ماله لا يتلف يرضى غالباً، لأن المهم عنده المال، لا أنه من العقد الناقل لذمة المديون إلى الضامن، وأنه لازم على الضامن الوفاء، لأنه بدون الرضا من الطرف الآخر لا دليل على لزومه، فهو وعد يستحب وفاؤه، مثله مثل ما إذا قال إنسان: عليّ بناء هذا المسجد وما أشبه ذلك.

{و} حيث ثبت اشتراط الرضا نقول: يأتي الكلام في الاحتياج إلى القبول علاوة على الرضا، فقد ذكر الإيضاح والأردبيلي أنه {لا يعتبر القبول العقدي} وكأنه للأصل بعد عدم دليل عليه {بل عن القواعد: وفي اشتراط قبوله احتمال} مما يدل على احتمال عدم شرطه، بل إنه أقوى بنظره.

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح١، والروضة: ص٣٣٢.

ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يصلي عليه حتى ضمنه علي (عليه السلام)، وعلى هذا فلا

{ويمكن استظهاره} أي عدم اشتراط القبول {من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يصلي عليه حتى ضمنه علي (عليه السلام)} وبهذا تكون أدلة القائل بعدم اشتراط القبول الأصل والقضية.

كما أن اشتراط دليله الإجماع المتقدم من جامع المقاصد على أنه عقد، ودليل سلطنة الناس، فإن نقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ــ وهو مال المضمون له ــ خلاف سلطنته، فالناس مسلطون[1] يمنع من ذلك، ولذا قال جامع المقاصد: لأن المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه.

وعليه فهو عقد قائم بين الضامن والمضمون له، والأقرب الاشتراط، لأن الأصل لا يقاوم الدليل، والقضية لا دلالة فيها على أنها من الضمان المصطلح، فهي مثل ما إذا امتنع شخص من تزويج بنته لزيد بحجة أنه لا يملك داراً، فتقول أنت: أنا أبيعه الدار، لأن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يصلّ من جهة عدم سد الدين، وبضمان علي (عليه السلام) كان للدين أداء، وهذا هو المفهوم عرفاً من القضيتين.

{وعلى هذا فــ} العمدة في الدليل قاعدة السلطنة.

{لا} يقال: كما يمكن في الخارج نقل ملك زيد كأمواله بدون رضاه من

(١) البحار: ج٢ ص٣٧٢.

يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر في قبولها، وأما رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه إذ يصح الضمان التبرعي

مكان إلى مكان كذلك يمكن في الذمة.

لأنه يقال: قاعدة السلطنة تبين عدم التسلط التشريعي فلا يقاس بالتسلط التكويني، فحال قاعدة السلطنة حال سائر الواجبات والمحرمات حيث اللزوم، والمحذور في العمل شرعاً لا تكويناً فيمكن اتخاذ المحارم زوجة تكويناً ولكنه لا يمكن شرعاً، إلى غير ذلك.

وبهذا تبين أنه لا مجال للاستدلال بأصالة عدم تسلط المضمون له على منع الضامن من النقل، إذ لا وجه لهذا الأصل بعد إطلاق دليل السلطنة.

وعليه {يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر في قبولها} لأن الأدلة الدالة على تلك الأمور مطلقة شاملة لكل عقد، ومنها هذا العقد.

نعم قد تقدم احتمال صحة أن يكون كلّ منهما موجباً، فلا يختص الإيجاب بالضامن، فربما ينقله الضامن ويقبله المضمون له، وربما ينقله المضمون له إلى ذمة الضامن ويقبله الضامن، وإن كان ظاهرهم كون الموجب هو الضامن.

{وأمّا رضى المضمون عنه فليس معتبراً فيه} كما هو المشهور، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه {إذ يصح الضمان التبرعي} وإن كان ربما

فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه

يستشكل على ذلك لولا الإجماع بأن (إذ) ليس دليلاً شرعياً، بل هو شبه المصادرة، بينما مقتضى الدليل الأولي عدم الصحة إلاّ برضاه، حيث إنه تصرف في ذمة المضمون عنه، فهو خلاف سلطنة الناس على أنفسهم، فكما لا يصح أن يملأ الإنسان ذمة الغير بدون رضاه كذلك لا يصح أن يفرغ ذمة الغير بدون رضاه، اللهم إلاّ أن يقال: إن الإفراغ ليس تصرفاً، ولذا يصح إبراؤه بدون رضاه، بل مع كرهه وعدم إرادته.

ويؤيده ما تقدم من الروايات الظاهرة في عدم تحصيل رضى المضمون عنه عند الضمان، وإن كانت تلك الروايات في الميت إلاّ أن ذمته كانت مشغولة، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «وفك رهانك كما فككت رهان أخيك».

{فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه} وقد ورد في بعض الروايات إعطاء الزكاة عن الغير، كما ورد الحج عن الميت.

{وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء} لدين الغير {أو الضمان عنه ضرراً عليه}، مثلاً المديون لا يأخذ منه الظالم الضريبة.

أما إذا لم يكن مديوناً أخذ منه ضريبة باهضة {أو حرجاً} وهو نفسي غالباً، ولذا قال: {من حيث كون تبرع هذا الشخص} أو أي شخص {لوفاء دينه منافياً لشأنه} عرفاً، أو يزعم هو كذلك بما يسبب حرجاً نفسياً عليه.

كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصح ضمان الصبي، وإن كان

{كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً} حيث يقع في حرج نفسي، فدليل «لا ضرر»[1]، ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[2]، يقف دون صحة الوفاء، بل والإبراء، وكذلك الضمان عنه، إذ لو صحح تلك الأمور كان قد جعل الضرر والحرج.

وبذلك يظهر أن ما ذكره بعض المعلقين من أنه يصح الضمان وإن استلزم ضرراً وحرجاً غير ظاهر الوجه، إلاّ أن يقال: إن دليلهما لا يشمل مثل ذلك، كما لا يشمل مثل ما إذا فتح إنسان دكاناً قبال دكان إنسان آخر، حيث ذهب بعض المشترين إلى دكان الثاني، أو كان حرجاً نفسياً على الأول، فإن دليل الضرر والحرج لا يشمل مثل ذلك حتى يقال: بإن إجازة الشارع فتح الدكان للثاني منافية لدليلهما، فاللازم عدم جواز فتحه، إذ يقال في جوابه: إن دليلهما منصرف عن مثل ذلك.

هذا ولكن لا يخفى ما في هذه المقايسة، إذ عمل الضامن والمعطي تصرف في الغير بإفراغ ذمته، فالدليلان شاملان لذلك، بخلاف مثل فتح الدكان، فما ذكره الماتن وسكت عليه غالب المعلقين، كالسادة ابن العم والبروجردي والجمال وأيده المستمسك، هو الأوفق بالقواعد.

{الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً فلا يصح ضمان الصبي، وإن كان

(١) الكافي: ج٥ ص٢٩٢ الحديث ٨، والتهذيب: ج٧٤ ص١٤٧ الحديث ٦٥١.

(٢) المائدة: الآية ٥ و٦.

مراهقاً} بلا إشكال ولا خلاف عندهم، بل دعوى الإجماع عليه مستفيضة، وذلك لما دل على قصور الصبي عن التصرف في ماله.

قال سبحانه: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتامى حَتَّى إذا بَلَغُوا النِّكاحَ فإنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ﴾[1].

وقال (عليه السلام): «لا يجوز أمر الغلام»[2].

إلى غير ذلك مما ذكروه في كتاب الحجر.

وحيث لا يصح له التصرف في ماله لا يصح له التصرف في ذمته، مثل الضمان والاشتراء نسيئة وما أشبه ذلك.

{بل وإن أذن له الولي} كما صرح بذلك غير واحد، وذلك لأنه نوع تصرف في المال، فيشمله أدلة المنع، وإذن الولي لا يجعل غير القابل قابلاً، بل شمول حق الولاية لمثل ذلك غير ظاهر، كعدم شموله بالنسبة إلى المجنون {على إشكال}، وقد سكت عليه غالب المعلقين.

وقال في المستمسك: لانصراف أدلة المنع عن نفوذ تصرفه عن صورة إذن الولي، بل لعل قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتامى﴾[3]، ظاهر في صحة تصرفه بإذن الولي.

وكذا رواية السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام): نهى رسول الله (صلى

---

(١) سورة النساء: الآية ٦.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٤٣ الباب ٢ من أبواب الحجر ح١.

(٣) سورة النساء: الآية ٦.

الله عليه وآله وسلم) عن كسب الإماء، فإنها إن لم تجد زنت إلاّ أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق»[1]، انتهى.

ويؤيده ما ذكرناه في باب المكاسب من أن ظاهر الآية يقتضي جواز كسب الصغير مع كراهة إذا كان مميزاً وكان بإذن الولي، كما اختار الكراهة الشرائع، فلا مانع من ذلك في المقام أيضاً، لأنهما من واد واحد، والمميز ليس كالصغير المسلوب عبارته حتى يكون كالمجنون، وتفصيل الكلام هناك.

{ولا ضمان المجنون} بلا إشكال ولا خلاف، بل دعاوي الإجماع عليه مستفيضة، وحيث إنه مسلوب العبارة عند العقلاء لم يكن كالمميز في اعتبار ضمانه بإذن الولي، إذ لا يدخل إيقاعه في الأدلة العامة، ومن أقسام الجنون العته، وكذا حال النائم والسكران الذي لا يشعر، ومن أشبههما.

أما صحة نكاح السكرى، فقد عرفت الكلام فيه في كتاب النكاح، {إلاّ إذا كان أدوارياً في دور إفاقته} حيث إنه عاقل حينئذ، فتشمله الأدلة، ولم أجد هنا من أشكل فيه، وإن كان بعضهم أشكل في بعض معاملات الأدواري حال الإفاقة من جهة عدم الاطمينان بعقله أو ما أشبه، مما قد فصلناه مع رده هناك.

{وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً} حيث قد تقدم اعتبار رضاه، بل كونه طرف العقد، ومن المعلوم أنه لا اعتبار برضى وعقد غير البالغ إلاّ

---

(١)

وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً، نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض.
الرابع: كونه مختاراً، فلا يصح ضمان المكرَه.

برضى الولي في المميز، كما لا اعتبار بهما بالنسبة إلى المجنون مطلقاً، وعليه فإذا ضمن لطفل أو مجنون كان مجرد وعد.

{وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك} رضاه وعقده، لما تقدم من أنه ليس طرف عقد الضمان، ولا دخل لرضاه في الضمان.

نعم ما استثناه سابقاً يأتي هنا، مثل ما إذا كان ضرراً عليهما أو منافياً لشرفهما {فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً}.

{نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض} لما تقدم من عدم سلطنتهما، فلا اعتبار بإذنهما حتى يحق للضامن الرجوع إليها، على ما يأتي تفصيل الكلام في الرجوع.

{الرابع: كونه} أي الضامن {مختاراً} في ضمانه {فلا يصح ضمان المكرَه} كما ذكره غير واحد، بل عليه الإجماع منهم، لحديث نفي الإكراه المستفاد منه عدم صحة العقد الواقع عن إكراه، وقد ذكر تفصيل الكلام في رفع الإكراه للعقد في كتاب المكاسب، لكن حيث إنه امتنان ويكفي فيه رفع اللزوم كان مقتضى القاعدة الصحة إذا رضي بعد ذلك، ويؤيده قوله (عليه السلام): «لم يعص الله، وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»[1]، وغيرهما مما فصل الكلام فيه هناك.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٦ الباب ٣ من أبواب الحجر ح١.

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه إلاّ بإذن الولي، وكذا المضمون له، ولا بأس بكون الضامن مفلساً فإن ضمانه نظير اقتراضه

ومنه يعلم اشتراط أن لايكون المضمون مكرَهاً، أما المضمون عنه فلا إلا إذا كان من الاستثناء المتقدم فيه.

ولو زعم الإكراه ولم يكن كان بحكم الإكراه، ولو زعم عدم الإكراه وكان فهو بحكم عدم الإكراه، لأنه في الأول لم يصدر عن رضى، وفي الثاني صدر عنه، والرضى وجوداً وعدماً هو المعيار.

{الخامس: عدم كونه} أي الضامن {محجوراً لسفه} أو عته أو ما أشبه، لما دل على حجرهم المانع عن صحة تصرفهم، والضمان تصرف في المال، وإن فرض أن وقت الأداء يرتفع الحجر، لأن الاعتبار بحال العقد لا حال الإنجاز {إلا بإذن الولي} حيث إن السفيه ونحوه ليس مسلوب العبارة كالمجنون، فإذن الولي كاف في الصحة كما في سائر معاملاته.

{وكذا المضمون له} لما تقدم من اعتبار رضاه وعقده، والحجر لا يدع مجالاً للرضا حتى ينقل وللعقد حتى يصح.

{ولا بأس بكون الضامن مفلساً} إذ الممنوع في المفلس تصرفه في ماله، لا في ذمته، والضمان تصرف في الذمة لا في المال {فإن ضمانه نظير اقتراضه} ونظير إجارة نفسه للعمل، حيث إن إطلاق أدلتهما يشمل الاقتراض والإجارة، كما يشمل الصلح والمزارعة والمساقاة والمضاربة، وقد تقدم في تلك الكتب الإشارة إلى ذلك.

وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلساً ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه.

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور، لقوله تعالى: ﴿لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ﴾[1]، ولكن لا يبعد صحة ضمانه، وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة والمختلف

{وأما المضمون له فيشترط له عدم كونه مفلساً} فإن المفلس لا يتمكن من تصرف مالي، والمضمون له يتصرف تصرفاً مالياً حيث يعقد عقداً مع الضامن بأن يدفع الضامن المال عن المضمون عنه إلى المضمون له، فقد نقل المضمون له المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن.

{ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً} لأنه ليس طرف العقد، ولا الضمان متوقفاً على رضاه كما سبق.

{لكن لا ينفع إذنه} إذن المضمون عنه {في جواز الرجوع عليه} لأنه نوع تصرف، وقد سبق أنه لا حق للمفلس في التصرف في ماله.

لكن ينبغي أن يقيد ذلك بما ذكره السيد البروجردي في تعليقه وتبعه غيره، قال: إنما لا ينفع إذن المفلس في جواز الرجوع عليه حال حجره بالزائد على نصيب المضمون له من أمواله، وأما الرجوع عليه حال الحجر بمقدار نصيب المضمون له، وبعد ارتفاع الحجر مطلقاً بسبب إذنه فلا مانع منه.

---

(١) سورة النحل: الآية ٧٦.

السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا

ونفي القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى، ودعوى أن المملوك لا ذمة له كما ترى، ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته.

هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحة ضمانه، وحينئذ فإن عين كونه في ذمة نفسه، أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتبع، وإن أطلق الإذن ففي كونه في ذمة المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقاً برقبته وجوه وأقوال.

أوجهها الأول لانفهامه عرفاً، كما في إذنه للاستدانة لنفقته، أو لأمر آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث إن المهر والنفقة على مولاه.

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة، بأن الاستدانة موجبة لملكيته وحيث إنه لا قابلية له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث إنه لا ملكية فيه، مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية، وعلى فرضه أيضاً لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي.

{السابع: التنجيز فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي} ثم أذن له {أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا} ثم لم يف إلى ذلك الزمان {أو إن لم يف أصلاً} و لم يف حتى

أو إن لم يف أصلاً بطل على المشهور، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة، إلا دعوى الإجماع في كل العقود

مات مثلاً {بطل} الضمان {على المشهور} بل عن تمهيد القواعد الإجماع على عدم صحة التعليق في العقود على الشرط، وعن الرياض في مسألة ضمان الدين لا مؤجلاً، قال: وربما يتوهم كونه ضماناً معلقاً، وهو غير جائز عندنا، مما يظهر منه الإجماع في المسألة.

وقال في المستمسك: الظاهر أنه من المسلّمات التي لا تقبل المناقشة والتأمل، وقد اختار قول المشهور غير واحد من المعلقين كالسادة ابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم.

{لكن لادليل عليه بعد صدق الضمان} عرفاً، فيتحقق بذلك الموضوع {وشمول العمومات العامة} فيثبت الحكم، وقد ذكرنا في كتابى المزارعة والمساقاة أن الموضوع إذا تحقق فشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] كان أحكام ذلك الموضوع الخاص مرتبة عليه، لأن ﴿أوفوا بالعقود﴾ يقول: أوف بكل عقد بعنوان أنه عقد خاص، لا بعنوان أنه عقد عام.

نعم، إذا لم يكن له عنوان خاص شمله (أوفوا) باعتبار أنه مطلق العقد، فلا يثبت له أحكام أحد العقود الخاصة، ولا يقف أمام هذا الدليل {إلا دعوى الإجماع} على إبطال التعليق {في كل العقود} والتي منها الضمان، أو دعوى الإجماع في الضمان بصورة خاصة، وقد تقدم وجود الدعويين

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء، وفي الثاني ما لا يخفى

فالإجماع مانع عن التعليق في الضمان بما أنه عقد وبما أنه ضمان أيضاً، فقد قام الإجماع {على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير} للأثر عن المؤثر، فكيف يمكن أن ينشأ العقد الآن ويترتب الأثر عليه في المستقبل عند حصول الشرط.

{أو دعوى منافاة التعليق للإنشاء} لأن الإنشاء إيجاد، والتعليق ضد الإيجاد، فالجمع بينهما كالجمع بين الضدين، وحيث لا يمكن الجمع لم يحصل الإنشاء فلا عقد.

وبهذا ظهر الفرق بين الدعويين، فالأولى ناظرة إلى تخلف المعلول عن العلة، والثانية ناظرة إلى الجمع بين المتنافيين.

{وفي الثاني ما لا يخفى} إذ لا منافاة بين الإنشاء والتعليق، فإن الإنشاء قد يكون مطلقاً، وقد يكون معلقاً مثلاً في التكوين قد يقول الله سبحانه: كن الآن، وقد يقول: كن غداً، كما أن في التشريع قد يقول المولى: اضرب الآن، وقد يقول: اضرب غداً، وأي فرق بين إنشاء الضرب وإنشاء الضمان. والمنافاة إنما تكون إذا وجد الآن ولم يوجد الآن، بينما ليس الأمر كذلك حيث يعتبر الآن وجود الشيء في المستقبل، ولذا قال في المستمسك: والسر فيه أن المعلق عليه الوجود اللحاظي لا الخارجي، فالإنشاء يكون حالياً والمنشأ كذلك،

وفي الأول منع تحققه في المقام، وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً

لكنه معلق على أمر ذهني لحاظي، لا على الأمر الخارجي الاستقبالي حتى يكون منوطاً بوجوده اللاحق.

أقول: ولذا تصح الإنشاءات المعلقة في الأوامر والنواهي، كقوله للرسول: إذا وصلت إلى مكان فاقرأ كتابي.

وكذلك الحال في الوصية التمليكية والنذر والعهد واليمين المعلق على شرط، إلى غير ذلك.

{وفي الأول منع تحققه} أي التأخير أو الإجماع {في المقام}، إن كان المراد (التأخير) فمنعه لأن الأثر لا يتأخر عن المؤثر، إذ المؤثر إيجاده بعد الشرط، والأثر يكون عند ذلك الوقت، لأن الأمور الاعتبارية خفيفة المؤنة، ومثله في المقولات الخارجية لو رمى وبعد دقيقة وصل الرمي وقتل الطرف، فلا يقال: إن الرمي كان قبل دقيقة والقتل بعد دقيقة، فكيف أثّر المؤثر المتقدم الأثر المتأخر، وإن كان المراد (الإجماع) فمنعه لأنه لا إجماع في المقام، وإن كان إجماع في جملة من العقود، والأقرب إلى ظاهر عبارة المصنف إرادته منع الإجماع.

{وربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً} ولذا قال في الرياض: إنه تأجيل دين حال لا ضمان معلق، وقد تبعه في ذلك الجواهر، وأشار إليه قبلهما المسالك، وعليه فالضامن يضمن حالاً، وإنما يفي إذا أذن له أبوه، أو إذا لم يف المديون.

وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان، ولا يعقل التفكيك، نعم في المثال الثاني يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له.

{وفيه: إن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك}، لم يظهر وجه عدم المعقولية، وإن سكت على المتن أكثر الأعاظم الذين وجدت تعليقاتهم كالسادة ابن العم والجمال والبروجردي، إذ الوفاء شيء غير اشتغال الذمة، فالأول عمل خارجي والثاني تعهد ذمي، فقول (يقال) لا بأس به.

لكن يرد عليه: إنه وإن كان صحيحاً، لكن ليس فيه كلام، وإنما الكلام في تعليق الضمان، وأنه لا دليل على منعه من عقل أو شرع.

وكان الأولى بالمستمسك أن يستشكل على الماتن بما ذكرناه لا بما ذكره بقوله: إشكاله ظاهر من ملاحظة الديون المؤجلة، فإن الدين فيها مضمون في الذمة حالاً والوفاء مؤجل، وسيأتي بيان جواز الضمان للدين الحال حالاً ومؤجلاً وهو إجماعي، انتهى.

{نعم في المثال الثاني}: أنا ضامن إن لم يف المديون {يمكن أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له}.

لكن يرد عليه:

أولاً: إنه خلاف ظاهر العبارة، فإنها مشتملة على تعليق الضمان لا تعليق الوفاء.

وثانياً: إن سلم أنه صرح بذلك، يرد عليه أن مثل هذا الضمان يكون من ضم ذمة إلى ذمة، وقد تقدم أنه لا يصح على أصولنا، إذ الضمان عندنا نقل الذمة لا ضم الذمة.

لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته قضية تعليقية، إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي.

وثالثاً: إنه بعد تسليم عدم تعلق التفكيك بين التعليقين كيف يمكن التفكيك في هذا المثال.

ولذا أشكل على المتن السادة الحكيم والبروجردي والجمال وغيرهم ببعض ما ذكرناه.

وبذلك يظهر وجه النظر في قوله: {لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان في الأعيان المضمونة، إذ حقيقته} أي حقيقة الضمان في الأعيان المضمونة {قضية تعليقية} فهو مثل أن يقول: المودع للودعي إذا تلف فأنت ضامن، أو يقول المالك للمستعير: إذا تلف فأنت ضامن فكما يصح فيهما تعليق الضمان بالتلف ولا مانع، كذلك المقام.

{إلا أن يقال: بالفرق بين الضمان العقدي} الذي هو ما نحن فيه فلا يصح فيه التعليق {والضمان اليدي} كالمثالين فيصح فيه التعليق، وجه الفرق أن الضمان العقدي إنشائي، وقد تقدم عدم معقولية التعليق في الإنشاء كما ذكروا، بخلاف الضمان اليدي فهو حكم شرعي غير إنشائي إذ الشارع حكم بقاعدة اليد بالضمان لمن وضع اليد على مال الغير بلزوم إعطائه المثل أو القيمة لدى التلف، لكنه رفع الضمان في الوديعة والعارية إلا مع التفريط، إذا أطلقنا بأن عقدا العارية والوديعة بدون شرط.

أما مع الشرط فيرجع الأمر إلى قاعدة اليد، وعليه فليس الضمان فيهما إنشاءً بل جعلاً من الشارع، وعليه فلا مجال لقوله: (لأنه يصدق)، إذ الصدق العرفي المسامحي لا يوجب صحة المستحيل الذي هو تعليق الإنشاء، على فرض استحالته كما هو مبنى المصنف (رحمه الله).

ثم إنك قد عرفت صحة التعليق في الإنشاء، والإجماع على منعه مناقش فيه صغرى وكبرى، فمقتضى الصناعة صحته، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن تصحيح ما أفاده (قدس سره) بأن معنى هذا الضمان التعليقي هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير فيشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾ لا بمعنى الثبوت في الذمة، فما ذكره (رحمه الله) قسم آخر من الضمان.

وعليه فالضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس معناه النقل إلى الذمة، ليرجع الأمر إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير، فمثله مثل تعهد العين الخارجية، وعليه فلا تعليق في الضمان حقيقة، بل الضمان فعلي، وأثره الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن الحال كذلك في ضمان العين الخارجية على تقدير تلفها، فهو يضمن الآن وأثره الانتقال إلى الذمة بإعطاء مثل العين أو قيمته على تقدير تلف العين الخارجية مثلاً.

وحيث إن الضمان بهذا المعنى أمر عقلائي لم يردع عنه الشرع صح، ولزم إذا بنيا عليه من باب: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونحوه، لما عرفت مكرراً من شموله لمثل ذلك.

{الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه} كما ذكره

سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري، كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي قبل القبض وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك

المشهور، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه، {سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه} والصلح وغير ذلك {أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري} وكل دين متزلزل {كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري} كلياً في الذمة.

أما قوله: {أو المبيع الشخصي قبل القبض، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك} فالظاهر أنه أراد المثال بالشخصي، وإلاّ فالمبيع الشخصي والمهر الشخصي ونحوهما ليس من المقسم الذي هو قوله: (كون الدين) فإن العين الخارجية ليست ديناً.

وقد تبع في ذلك الشرائع والقواعد وغيرهما، قال الأول: الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع، انتهى.

ولذا قال المستمسك: المبيع الشخصي قبل القبض مضمون بضمان المعاوضة، يعني بالتلف يكون من مال البائع لانفساخ العقد قبله آناًما.

أقول: كما صوره الشيخ المرتضى (رحمه الله) جمعاً بين الدليلين.

وليس مضموناً بضمان اليد، فلا يكون مضموناً في ذمة البائع، والضمان بهذا المعنى

فلو قال: أقرض فلانا كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن، لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الإجماع
قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو علي، لم يصح إجماعاً،

حكم شرعي لا يقبل الإسقاط، ولا يمكن نقله إلى غيره بضمانه، وذلك يختص بالضمان باليد، نعم إذا أتلفه البائع كان ضامناً له، لكنه بالإتلاف لا باليد.

نعم يصح المهر مثالاً إذا كان كلياً في الذمة، أما إذا كان شخصياً أو كلياً في المعين أو مشاعاً فليس ذلك من أمثلة المقام.

ومما تقدم يظهر حال الأجرة الكلية، سواء في إجارة الأعيان أو الأشخاص وغيرهما.

وعلى ما ذكرناه من لزوم كونه ديناً في ذمة المضمون عنه {فلو قال: أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن} أو بعه سلفاً وأنا ضامن، أو ما أشبه ذلك مما لم يثبت في الذمة بعدُ {لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الإجماع} بل هو مقتضى نفي الخلاف في المبسوط، كما يظهر من عبارة مفتاح الكرامة في شرح هذا الشرط من القواعد.

{قال: لو قال لغيره: مهما أعطيت فلاناً فهو علي، لم يصح إجماعاً} أقول: إن تم الإجماع المذكور يلزم أن يقال: إنه لو كان المعطي مغروراً كان له الرجوع إلى غاره، لا من باب الضمان بل من باب الغرور، أو من باب أنه معاملة جديدة، فيشمله: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية، ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت، وإن لم يثبت فعلاً بل مطلقاً لصدق الضمان

{ولكن ما ذكروه من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية} كما سيأتي في المسألة السابعة والثامنة والثلاثين، وكأنه أخذه من السيد العاملي (رحمه الله) حيث قال: وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة، كضمان الأعيان المضمونة وضمان العهدة ونقصان الصنجة وغير ذلك، فهي إما مستثناة أو الشرط أغلبي.

{ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت} كما إذا ضمن نفقة زوجة زيد بعد الزواج، حيث إن المقتضي موجود {وإن} لم يأت بعد وقت وجوب النفقة و{لم يثبت فعلاً} حين الضمان، {بل مطلقاً} وإن لم يكن المقتضي موجوداً وقت الضمان، كما إذا امتنعت المرأة عن قبول فلان زوجاً لاعتقادها أنه لا يدفع المهر أو النفقة، فضمن إنسان لها ذلك، أو امتنع عن عقد الإجارة أو البيع بزعم عدم إعطاء المستأجر والمشتري وجه الإجارة والثمن فضمنهما، حيث يصح الضمان وإن لم يثبت المقتضي أصلاً، وإنما يصح الضمان.

{لصدق الضمان} عرفاً مما يحقق الموضوع، فيشمله إطلاقات أدلة الضمان:

مثل ما رواه حسن بن خالد، فيما رواه الكليني والشيخ، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على

وشمول العمومات العامة وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً.

الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»[1].

فإنه شامل لمثل أكل المشتري والزوج والمستأجر المال، كما تقدم في الأمثلة المتقدمة.

ومثل ما رواه عن عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام): عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»[2].

{وشمول العمومات العامة} مثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[3] و﴿تِجارَةً عَنْ تَراضٍ﴾[4]، بعد أن عرفت أنهما شاملة لغير العقود المصطلحة أيضاً.

{وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم} لما عرفت من أنه تضمن ذمة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، والمفروض أنه ليس في المقام ذمة مشغولة.

{بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً} بتقريب أن المراد بالمال الذي على المضمون عنه، أعم من المال الذي عليه الآن أو عليه في المستقبل، سواء كان له مقتض الآن أو لم يحصل بل مقتضيه في المستقبل، ولذا يسمى بضمان ما لم يجب.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح١، والتهذيب: ج٢ ص٦٥، الفقيه: ج٢ ص٣٠.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح١.

(٣) المائدة: الآية ١.

(٤) النساء: الآية ٢٩.

التاسع: أن لا يكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثاني الكفالة والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص

لكن لا يخفى أن دخوله في التعريف خلاف ظواهرهم، بل تصريحاتهم، فهو ضمان بالمعنى اللغوي والعرفي، ويشمله دليل الضمان والأدلة العامة.

{التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعم} من الكفالة والحوالة والضمان بالمعنى الأخص {حيث قالوا إنه} الضمان بالمعنى الأعم {بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثاني الكفالة والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص} المعنون في كتاب الضمان، قال في الشرائع: هو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس، والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون، فهنا ثلاثة أقسام.

وقال في الجواهر: التعهد بالنفس وهو الكفالة، والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الأخص الذي يدخل فيه ضمان الأعيان، بناءً عليه، وممن عليه له مال وهي الحوالة، انتهى.

ومثله قال غيرهما، كالقواعد وشرحه.

لكن لا دليل على هذا الشرط، فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ما له عليه يكون ضماناً، فإن كان بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً

{ولكن لا دليل على هذا الشرط} كما لا دليل على عدم صحة الحوالة على البريء، كما ذكره المسالك والجواهر، فإنه بعد صدق عنوان الضمان على فاقد هذا الشرط، وعدم وجود دليل خاص عليه لا وجه لاشتراطه، فيشمله دليل الضمان وعمومات الوفاء بالعقد[1].

{فإذا ضمن} الضامن {للمضمون عنه بمثل ما له} للمضمون عنه {عليه} على الضامن {يكون ضماناً} عرفياً وشرعياً له أحكامه، {فإن كان} ضمانه عنه {بإذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان} لأن أحدهما لا يطلب شيئاً من الآخر، والتهاتر أمر عرفي لم يردع عنه الشارع ولو بزيادة شرط أو ما أشبه، فلا يقال: إن التهاتر خلاف الأصل.

{وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه} على الضامن للأصل بعد عدم أدائه، وعدم صلاحية ضمانه وعطائه لإسقاطه، إذ لا دليل على الإسقاط.

{وتفرغ ذمته} ذمة المضمون عنه {مما عليه بضمان الضامن تبرعاً} إذا لم يكن من الموارد التي يشترط الضمان فيها برضى المضمون عنه كما تقدم.

---

(١) المائدة: الآية ١.

وليس من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة، ومع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين

{وليس} هذا {من الحوالة، لأن المضمون عنه على التقديرين} تقدير إذنه وتقدير عدم إذنه {لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حوالة} لوضوح أن الحوالة لا تتحقق إلا بالإحالة.

{ومع الإغماض عن ذلك} بأن قيل بصدق الحوالة، وإن لم يحل المضمون عنه دائنه على الضامن {غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين} عنوان الحوالة وعنوان الضمان، كما ذكره المسالك وغيره، فلا حاجة إلى هذا الشرط التاسع في الضمان ليفترق عن الحوالة في المورد المذكور، قال في المستمسك: والذي يتحصل الإشكال على الأصحاب من وجوه:

الأول: إن الحوالة لا تختص بالمديون للمحيل، بل تصح على البريء، على قول يأتي.

الثاني: الضمان لايختص بالبريء، فإنه لا دليل على ذلك، والعمومات تنفيه فيصح من المديون.

الثالث: إن الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم، فإن الحوالة متقومة بالمحيل والمحال، بل والمحال عليه، والضمان متقوم بالضامن والمضمون له، ولا يتوقف على رضى المضمون عنه، فالمتصدي في الضمان الضامن، والمضمون له تابع له، والمضمون عنه أجنبي عنه، والمتصدي في الحوالة المحيل، والمحال والمحال عليه تابعان له، فالفرق بين الحوالة والضمان في المفهوم

فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

كالفرق بين البيع والرهن، وليس الفرق بينهما في حدود المفهوم كالفرق بين النقد والنسيئة مثلاً، انتهى.

أقول: وجه التبعية لهما في الحوالة ولأحدهما في الضمان أن في الحوالة إنسان يرسل شخصاً على شخص ليأخذ منه المال، فالمرسول والمرسول إليه يلزم رضاهما، وإلا فالمرسول لا يذهب والمرسول إليه لا يقبل، بخلاف الضمان، فإنه يضمن للدائن، فاللازم قبول الدائن، ولا ربط للأمر بالمديون، إلا فيما كان عسراً ونحوه للمديون كما تقدم، فأصل مفهوم الحوالة يخالف مفهوم الضمان، لا أن المفهوم الواحد يختلف حدوده في هذا عن ذاك، ليكون مثل النقد والنسيئة حيث كلاهما بيع إلا أن حد أحدهما التعاطي الآن، وحد الآخر إعطاء أحدهما الآن وإعطاء الآخر بعد مدة.

ثم على تقدير أن يكون الفرق بين الحوالة والضمان في نفس المفهوم، لا في حدود مفهوم واحد، فقد يقصد المتصدي هذا المفهوم وقد يقصد المفهوم الآخر وإن كانت النتيجة واحدة، فقوله: داخلاً في كلا العنوانين، إن أراد إمكان تطبيق كليهما عليه باعتبار قصده لهذا تارة ولذلك أخرى، لم يكن به بأس، وإن أراد الصدوق الخارجي في وقت واحد منع ذلك، إذ كيف يجتمع مفهومان متنافيان على مصداق واحد.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: {فيترتب عليه ما يختص بكل منهما، مضافاً إلى ما يكون مشتركاً}، بل اللازم أن يترتب عليه آثار ما قصده المتصدي من الضمان أو الحوالة، ولذا أشكل عليه (رحمه الله) جملة من المعلقين.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان، ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن، فالمضر هو الإبهام والترديد

{العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان} إذ بدون ذلك لا قصد فلا عقد فإن العقود تتبع القصود، أما الاستدلال على ذلك بلا خلاف فيرد عليه إن جملة من الفقهاء لم يتعرضوا لهذا الشرط، كما أن لا خلاف لا يكون مستنداً، فالمهم صدق الضمان عرفاً وقصده، إذ مع عدم الصدق لا ضمان، ومع عدم القصد لا يتحقق (عقود كم) المستفاد من ﴿أوفوا بالعقود﴾.

{ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن} إذ لا دليل على غير ذلك بعد شمول العمومات لما كان متميزاً وإن لم يعلمه الضامن.

وعليه {فالمضر هو الإبهام والترديد} وقد استدل له في المستمسك بأن المبهم لا خارجية له فلا ينطبق على فرد بعينه، فلا يترتب عليه الأثر، لأن الأثر للموجود المتعين الخارجي دون غيره، انتهى.

لكن يمكن أن يقال إن قوله: (فالمضر) غير مترتب على ما ذكره من الدليل على هذا الشرط بقوله: (على وجه)، إذ المهم كما عرفت الصدق والقصد، وليس الإبهام والترديد مما يضر ذلك دائماً.

وما استدل به المستمسك غير ظاهر، فإن المردد لا خارجية له بعنوان فرد خاص لا بعنوان الجامع، وعنوان الجامع كاف في الصدق والقصد، ولذا يصح أن يوصي لزيد بأحد الشيئين، أو بأن يعمل له أحد العملين، كما يصح بيع الكلي والكسر المشاع وما أشبه ذلك

فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد، مع فرض تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد

مع أنه لا خارجية له، وحتى الكلي في المعين لا خارجية له، فإن الشيء ما لم يتشخص لم يوجد.

وعلى هذا يشكل الفروع التي فرعها على الدليل المتقدم، أي (على وجه) إلخ.

كقوله: {فلا يصح ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد، مع فرض تحقق الدينين}، فأي مانع من الصحة بعد شمول الإطلاق له وقصده، حيث إنه أمر عقلائي، فلو طلب منه مناً من الحنطة ومناً من الشعير فضمن أحدهما كلف بإعطاء أحدهما، ولا محذور فيه عقلاً وشرعاً لتوفر الموضوع ــ أي الضمان عرفاً ــ وقصده حين العقد.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: {ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد} بل ولو لاثنين {ولا ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد} بل ولو على اثنين.

بل ويصح ضمان أحد الشخصين بأن يقول زيد وعمرو: إن أحدنا يضمن دين زيد على عمرو، فيكون كالواجب الكفائي إن قام به أحدهما سقط عن الآخر، وإلا لزم أحدهما به، وكل إشكال يمكن إيراده على ذلك يجاب عنه بما يجاب به عن الإشكال على الواجب الكفائي، هذا ومع ذلك فالمسألة بحاجة إلى تأمل أكثر.

ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان، و لم يعلم أنه لزيد أو لعمرو. أو الدين الذي لفلان و لم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً، وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس.

ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما

{ولو قال: ضمنت الدين الذي على فلان، و لم يعلم أنه لزيد أو لعمرو} صح حتى بناءً على الشرط المذكور {أو الدين الذي لفلان، و لم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً} وقد قصده مما تم به العقد والقصد.

ومنه يعلم صحة أن يقول زيد وعمرو: ضمن أحدنا الأكبر سناً دين بكر على خالد، بعد كونه متعيناً واقعاً.

ولو لم يمكن كشف الواقع في الفروع الثلاثة كان اللازم إجراء قاعدة العدل أو القرعة، وقد تقدم في بعض المباحث السابقة أن العدل مقدم على القرعة في الماليات، لأن قاعدة العدل لا تدع إشكالا حتى يتحقق موضوع القرعة، على تأمل.

{وكذا لو قال: ضمنت لك كلما كان لك على الناس} أو على أحد هذين {أو قال: ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس} أو ما كان عليك لأحد هذين، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{و} مما تقدم من صدق الضمان وقصده يظهر أنه {من الغريب ما عن بعضهم} كالمبسوط والمفاتيح وغيرهما {من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب أو العلم باسمهما ونسبهما} وإن لم تكن معرفة شخصية.

مع أنه لا دليل عليه أصلاً

قال في محكي المبسوط: يشترط معرفة المضمون له ليعرف هل هو سهل المعاملة أم لا، ومع انتفاء ذلك يتطرق الغرر، ومعرفة المضمون عنه لينظر هل يستحق ذلك أم لا.

وأضاف في المفاتيح: أنه لولا المعرفة كان ضرراً أيضاً.

وعن المختلف اشتراط معرفة المضمون عنه دون المضمون له.

خلافاً للخلاف حيث حكي عنه أنه قال: ليس من شرط الضمان أن يعرف المضمون له والمضمون عنه، وقد نقل عدم الاشتراط مفتاح الكرامة عن جماعة آخرين، بل الظاهر أنه المشهور.

وعن التذكرة لايشترط معرفة المضمون عنه، فلو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ذلك عند علمائنا.

وكيف كان، فقد استدل على عدم الشرط بعموم ﴿أَوْفُوا﴾[1]، وببعض إطلاقات الضمان، وبما تقدم في حديثي أبي قتادة وأمير المؤمنين (عليه السلام)[2]، بتقريب أنهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله، حيث لم يسأل (صلى الله عليه وآله وسلم) أمير المؤمنين (عليه السلام) ولا أبا اقتادة عن الميت، ولا صاحب الدين، فيدل على أنه ليس من الشرط معرفتهما.

أقول: الروايتان لا دلالة لهما، لأن الواقعة مجملة فلا دلالة لها، كما أشار بذلك غير واحد، {مع أنه لا دليل عليه أصلا} بل الدليل على خلافه، وهو بناء العقلاء، ويشمله إطلاق الأدلة.

(١) المائدة: الآية ١.

(٢) انظر الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ ح٢ و٣.

ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود.

{و} يؤيده أنه {لم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود}، كأنه لأجل كثرة تقييداته، مثل انقسامه إلى الأقسام الأربعة: النقد والنسيئة وغيرهما، وإلى بيع الصرف وبيع الثمار، وإلى غير ذلك مما ليست سائر العقود بتلك التضيقات.

ووجه التأييد أنه إذا كان البيع مورد العناية الأكثر ولم يذكر فيه هذا الشرط، فعدم اشتراطه في غيره بطريق الفحوى والأولوية.

(مسألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه، ويمكن أن يستدل عليه مضافاً إلى العمومات العامة وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»،

(مسألة ١): {لايشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ولا بجنسه} كما هو المشهور شهرة عظيمة، خلافاً لجماعة يأتي ذكرهم، حيث اشتراطوا العلم.

وينبغي أن يقال: إنه إذا كان بدون العلم غررياً يشترط لإطلاق نفي الغرر[1]، وإذا لم يكن غررياً لم يشترط للإطلاق.

{ويمكن أن يستدل عليه} على عدم الاشتراط {مضافاً إلى العمومات العامة} سواء العموم في أدلة الضمان كما تقدم في بعض المسائل، أو في العمومات العامة، مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تجارة عن تراض﴾ ونحوهما.

{وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»[2]} كما استدل به في جامع المقاصد، فإن إطلاقه يشمل المقام، والإشكال عليه بما في المستمسك من أنه غير ثابت من طرقنا، بل المروي في خبر الحسين بن خالد تكذيبه، غير ظاهر، إذ يكفي روايته في مثل جامع المقاصد وغوالي اللئالي ودرر اللئالي، وما أكثر الروايات المروية في كتب الفتاوى.

وخبر الحسين بن خالد لا يكذبه، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على غرم، الغرم

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ٤ من أبواب التجارة ح١٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح٢.

على من أكل المال»[1].

وظاهره أن المراد كون الضامن يرجع إليه لا أنه ليس بغارم.

واستدل له في المسالك بقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعيم﴾[2]، مع اختلاف كمية الحمل.

أقول: لا يخفى اختلافها في الجملة، فرد المستمسك بأنه كمية خاصة غير ظاهر الوجه، ويتم ذلك بضميمة استصحاب الشرائع.

{بضمان علي بن الحسين (عليه السلام) لدين عبد الله بن الحسن (عليه السلام)}.

ففي الفقيه: روي أنه احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم، ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين (عليه السلام) وعبد الله بن جعفر (عليه السلام)، فقال الغرماء: أما عبد الله بن جعفر فملي مطول، وأما علي بن الحسين (عليه السلام) فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (عليه السلام): «أضمن لكم المال إلى غلة» ولم يكن له غلة، فقال القوم: قد رضينا، فضمنه، فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه[3].

أقول: لم يرد الإمام (إلى غلة) غلة نفسه، بل أراد وقت مجيء الغلة، ولعله

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح١.

(٢) سورة يوسف: الآية ٧٢.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٥ من أبواب أحكام الضمان ح١.

لأن الناس كانوا يخمسون ويزكون ويعطون ما للإمام (عليه السلام) من حقه في الأوقاف وما أشبه.

ومن هذا الحديث يعلم أن الوقت يجب أن يكون معلوماً في الجملة لا بالدقة، لوضوح أن وقت الغلة ليس بدقيق، وعليه فاللازم عدم الغرر لا أكثر من ذلك.

{وضمانه (عليه السلام) لدين محمد بن أسامة}، فقد روى الكافي عن فضيل وعبيد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعليّ دين فأحب أن تقضوه؟ فقال علي بن الحسين (عليه السلام): ثلث دينك علي، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين (عليه السلام): علي دينك كله، ثم قال علي بن الحسين (عليه السلام): أما أنه لم يمنعني أن أضمنه أولاً إلاّ كراهة أن يقولوا سبقنا»[1].

لكن لا يخفى أنهما حكاية واقعة وهي مجملة لا دلالة فيها على المقصود نفياً أو إثباتاً، كما في المستمسك، فالعمدة ما تقدم من الدليل، خصوصاً وفي بعض الروايات تعيين الدين.

فقد روى المفيد (رحمه الله)، عن عمرو بن دينار، قال: حضرت زيد بن أسامة بن زيد الوفاة فجعل يبكي، فقال له علي بن الحسين (عليه السلام): «ما يبكيك»، قال: يبكيني أن على خمسة عشر ألف دينار و لم أترك لها وفاءً، فقال له علي بن

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أبواب أحكام الضمان ح١.

لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك، كقوله: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح، ولعله مراد من قال: إن الصحة إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك.

الحسين (عليه السلام): «لا تبك فهي عليّ وأنت بريء منها»، فقضاها عنه[1].

فهو مثل ما رواه ابن شهر آشوب ــ كما في المستدرك ــ عن عمرو بن دينار، قال: دخل الحسين بن علي (عليه السلام) على أسامة بن زيد وهو مريض وهو يقول: واغماه، فقال له الحسين (عليه السلام): «وما غمك يا أخي»، قال: ديني وهي ستون ألف درهم، فقال الحسين (عليه السلام): «هو علي»، قال: إني أخشى أن أموت، فقال الحسين (عليه السلام): «لن تموت حتى أقضيها عنك»، قال: فقضاها قبل موته.[2]

{لكن الصحة مخصوصة بما إذا كان له واقع معين، وأما إذا لم يكن كذلك كقوله: ضمنت شيئاً من دينك، فلا يصح} على المشهور، بل قولاً واحداً كما عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك، واستدل له بالغرر، وبأنه خلاف الضمان العرفي والشارع إنما صحح الضمان العرفي.

لكن ربما يقال: إنه لولا الإجماع لا وجه لعدم الصحة، إذ هو مثل الوصية بشيء، فما أدى فهو وما لم يؤد يأخذه المضمون له عن المديون، خصوصاً إذا كان الضامن نوى قدراً خاصاً في نفسه، كثلث الدين مثلاً، ولا يغتر المضمون له بعد أن كان يرضى بكل شيء يضمنه الضامن، لأنه يصعب عليه استخراج حقه عن المديون، بخلاف الضامن لحسن معاملته.

{ولعله مراد من قال: إن الصحة إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ٣ من أبواب الضمان ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ٣ من أبواب الضمان ح٢.

فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال في الصحة مع فرض تعينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم

ذلك} قال في محكي التذكرة: إن قلنا بصحة ضمان المجهول، فإنما يصح في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو قال: أنا ضامن للدين الذي عليك، وأنا ضامن لثمن ما بعت من فلان، وهو جاهل بالدين والثمن، لأن معرفته ممكنة، والخروج عن العهدة مقدور عليه.

أما لو لم يمكن الاستعلام، فإن الضمان لا يصح فيه قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان، ونحوه عن جامع المقاصد والمسالك.

{فلا يرد عليه ما يقال} والقائل الجواهر {من عدم الإشكال في الصحة مع فرض تعينه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم} فقد قال في الجواهر: إن كلام التذكرة وغيره جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم في الواقع للإبهام ونحوه، وإلا كان محلاً للنظر، انتهى.

والحاصل: إن هناك أمرين:

الأول: ما يبهم واقعاً، مثل ضمنت شيئاً من دينك، وهذا ما لا يصح عندهم، على إشكال ذكرناه فيه.

الثاني: ما له واقع معلوم، ولكن يجهل به الآن، فإن أمكن العلم به بعد ذلك بالرجوع إلى الدفتر المسجل فيه أو ما أشبه، لا ينبغي الإشكال في صحة الضمان فيه، لإطلاق الأدلة، وإن لم يمكن العلم به لعدم معرفة أي منهم قدر الدين مثلاً، فإن كان مردداً بين الأقل والأكثر كعشرة وعشرين أخذ بالأقل، لأصالة

عدم الزيادة، وإن كان مردداً بين المتباينين مثل الفرس والحمار، فالمرجع إما القرعة أو الرجوع إلى القيمة مع إجراء قاعدة العدل بالنسبة إلى الزائد عن قيمة أقلهما، مثلاً كان الفرس بعشرين والحمار بعشرة، فإنه يعطي الحمار ويعطي خمسة، وإنما لا نقول بإعطاء خمسة عشر، لأن الحمار والخمسة أقرب إلى المحتمل من خمسة عشر، والأقرب لازم كما ذكروه في المثلي، فإن «على اليد» و«لا يتوى» ونحوهما إذا عرض على العرف فهم المثل أو الأقرب إلى المثل.

بل يحتمل قاعدة العدل في الأقل والأكثر بالنسبة إلى التفاوت بين الأقل والأكثر، فإذا كان المحتمل عشرة أو العشرين أعطاه خمسة عشر أيضاً، إذ العشرة الثانية مرددة بينهما، فقاعدة العدل تقتضي التنصيف، وإن كان يظهر من كلماتهم في الدين ونحوه الاكتفاء بالأقل.

{هذا} هو المشهور {وخالف بعضهم} كما نسب إلى الخلاف والمبسوط والقاضي وابن إدريس وغيرهم {فاشترط العلم به} أي بمقدار الدين في صحة الضمان {لنفي الغرر والضرر} فإن الضامن يغتر في صورة عدم العلم، كما أنه يتضرر، لأنه إنما يريد قدراً قليلاً فيظهر قدر كثير مما يوجب ضرره بدون أن يكون قد أقدم على ذلك.

{وردّ بعدم العموم في الأول لاختصاصه بالبيع} فقد روى الوسائل في أبواب آداب التجارة: «نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر»[1] {أو مطلق

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع ح١٢.

المعاوضات} للإجماع أو المناط بعدم الفرق بين البيع وسائر المعاوضات.

قال في المستمسك: وفي بعض كتب العلامة روايته: «نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر»[1]، لكنه غير ثابت، بل المظنون أن مراد العلامة من ذلك هو الحديث المشهور، انتهى.

أقواه: رواه بلفظ الكافي وصحيفة الرضا (عليه السلام) عن علي (عليه السلام) عن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم).

أما ظن المستمسك في رواية العلامة المذكورة في التذكرة، ففيه: إنه خلاف الظاهر، وقد نقلها بهذا اللفظ جملة من الفقهاء، وعملهم غالباً على طبقه، وإلا لم يصح القول به حتى في المعاوضات، إذ الإجماع غير محقق والمناط غير مقطوع به، فهي مرسلة مجبورة بالعمل، بالإضافة إلى أنه قد يقال: إن الأمور الغررية مما لا يقدم عليها العقلاء، فإطلاق الأدلة في المعاملات وغيرها لا يشمل الغرري منها بعد كون الإطلاق موجهاً إلى العرف الذي لا يستفيد منه إلا ذلك.

{وبالإقدام في الثاني} لأن «لا ضرر» إنما يكون إذا لم يقدم الإنسان على ضرر نفسه ــ في غير ما يحرم وإن اقدم، مثل ما إذا أراد أعطاء ماله إلى السفيه والمبذر، حيث يحرم ذلك بدليل خاص، مثل قوله تعالى: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ﴾[2]

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشرائطه ح١٢.

(٢) النساء: آية ٥.

وغيره ــ فإذا أقدم لم يمنعه دليل «لا ضرر»، وذلك لأن المستفاد من دليل «لا ضرر» أنه امتناني، ولا امتنان في نفسه مع الإقدام.

أما احتمال المستمسك تبعاً لغيره في وجه عدم الشمول بأن الظاهر من نفي الضرر، نفي الحكم الذي يؤدي إلى الضرر، ومع الإقدام على الضرر يكون الضرر من جهة الإقدام لا من جهة الحكم، فربما يرد عليه أن الشارع لما قرر ذلك ينتهي بالآخرة إليه.

وكيف كان، فقد تقدم أنه إن كان الضمان غررياً لم يصح، فالأولى في رد قول الشيخ ومن تبعه أن يقال: إن دليلهم أخص من المدعى، إذ ليس كل جهل غرراً، وإذا لم يكن غرر لم يكن ضرر مرفوع.

{ويمكن الفرق بين الضمان التبرعي والإذني} المراد بالأول ما كان بدون قصد الرجوع إلى المضمون عنه، وبالثاني ما كان بقصده، وحيث إن الرجوع لا يمكن إلا إذا كان بإذنه سمي إذنياً، إذ بدون الإذن لا يحق له الرجوع، لأصالة براءة المضمون عنه عن ضمان الضامن.

{فيعتبر} علم الضامن بقدر الدين {في الثاني} الإذني {دون الأول} التبرعي، أما اعتباره في الإذني فلأنه معاملة، فاللازم عدم الغرر فيها، لنهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر.

وأما عدم اعتباره في التبرعي فلأنه لا دليل على اشتراط عدم الغرر في الأمور التبرعية، إذ المتبرع قد أقدم بنفسه على الضمان، مثل إقدامه بنفسه على الضرر، حيث لا يشمله دليل لا ضرر.

إذ ضمان علي بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً، واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن، وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

وبذلك يظهر أنه لا يمكن أن يقال: باشتراط عدم الغرر في مطلق الضمان، بدليل عدم علم علي بن الحسين (عليه السلام) في الظاهر بمقدار الدين، إذ كان ضمان الإمام تبرعياً كما يظهر من القرائن، فعدم علمه ظاهراً بالقدر لا يوجب سحبه إلى الضمان الإذني.

{إذ ضمان علي بن الحسين (عليه السلام) كان تبرعياً} لوضوح أنه لم يضمن ليرجع به إلى المضمون عنه، وان كان بإذن وطلب من المضمون عنه.

{و} إن قلت: لا يحتاج الضمان الإذني إلى العلم، إذ دليل الاحتياج إلى الإذن عدم الغرر، وقد تقدم عدم ثبوت نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، وإنما نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر.

قلت: {اختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع، بل يجري} بالمناط في الحديث {في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة} وإن لم نقله بحديث نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، لما ذكرناه من المناط، هذا بالإضافة إلى أنك قد عرفت أن الحديث موجود مجبور بالعمل، {إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع إلى الآذن، وهذا التفصيل} وإن كان {لا يخلو عن قرب} عند المصنف إلا أنه بعيد، بل اللازم جعل القسمين من الضمان ذا حكم واحد، وهو عدم الغرر

لإطلاق دليله، والقول بعدم اعتبار عدم الغرر مطلقاً، لأن باب الضمان غير باب المعاوضات، فلا فرق بين القسمين في عدم ضرر الغرر فلا حاجة إلى العلم، ولذا أفتى السادة ابن العم والبروجردي والحكيم بعدم الفرق، وقال الثالث: الجواز مطلقاً أقرب لما عرفت من إطلاق أدلة الصحة من دون مقيد ظاهر، انتهى.

غير ظاهر الوجه بعد إطلاق نهيه (صلى الله عليه وآله وسلم)، والمناط في نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر.

وأما ما يرى من الصحة مع الغرر في الجملة بعدم اعتبار العلم الكامل، فلأن مبنى الضمان عند العرف على المسامحة في الجملة، فلا يسمى ذلك غرراً حتى يشمله النهي، ولذا إذا كان يزعم أن دينه مائة فضمن ولو تبرعاً، ثم ظهر عشرة آلاف، لا نقول بصحة الضمان بالنسبة إلى ذلك، بل بنسبة ما احتمله لأنه لم يحتمل الكل، بل قدر ما ظنه، والعقود والالتزامات تتبع القصود، إذ ليس (عقدكم) و(عهدكم) ما كان خارجاً عن المقدار الذي ظنه، وعليه فالأقوى اعتبار العلم بالقدر بما لا يوجب الغرر عرفاً.

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وتبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة

(مسألة ٢): {إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة} المتقدمة {انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه} عن ذلك الحق، فلا يصح إجراء أحكام المديون عليه، مثلاً لا يصح حبسه بمقتضى (ليّ الواجد يحل عقوبته وحبسه)، ولا يصح حجره وما إلى ذلك {بالإجماع} الذي ادعاه الغنية والتذكرة والمسالك والحدائق والجواهر وغيرهم باختلاف عباراتهم، {والنصوص} مثل صحيح ابن سنان المتقدم: «إذا رضى المضمون عنه، فقد برأت ذمة الميت».

ومثل روايات عدم صلاة النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) على الأموات حتى ضمنه علي (عليه السلام) أو أبو قتادة[1]، حيث يظهر منها براءة ذمة الميت، وإن كان في دلالة هذه الروايات على ذلك تأمل، حيث لم تدل على براءة ذمة الميت دلالة ظاهرة، بل دلت على نوع من الكفاية بحيث إنه إذا لم يدفع الورثة من التركة أو غيرها كان على الإمام وأبي قتادة، ويكفي في عدم إمكان الاستدلال بها لذلك احتمالها كذلك احتمالاً متساوياً بحيث يمنع عن الظهور.

{خلافاً للجمهور حيث إن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة} وقد تقدم نقل

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ ح٢ و٣.

وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات.

ذلك عنهم في أول الكتاب، وقد اختلفوا في أنه هل للمضمون له مطالبة أيهما شاء، كما نقل عن الشافعي وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم، أو أنه لا يطالب الضامن إلا إذا عجز من تحصيله من المضمون عنه لغيبة أو إعسار أو نحوهما كما عن مالك.

{وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو} فإنهم ذكروا أن الضمان عندنا مقابل الضمان عندهم وأن الصحيح هو ما عندنا.

{ويمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات} مثل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] وما أشبه، لما تقدم في جملة من الكتب من أن هذه العمومات تشمل كل عقد لم يمنع عنه الشارع، وإن كان عقداً جديداً.

وعليه فلا يكون له أحكام الضمان المتقدم، لأن الشارع جعل الأحكام لنقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى، وإنما يترتب على هذا الضمان الأحكام العامة للعقود مثل وجوب الوفاء وعدم الغرر وما أشبه ذلك، فإذا قرر الضامن الرجوع إليه أو إلى المضمون عنه على سبيل البدل كان الضمان كذلك، وإذا قرر الرجوع إليه إذا عجز المضمون له من تحصيله من المديون أو ما أشبه العجز كان كذلك، لأن العقود تتبع القصود.

---

(١) المائدة: الآية ١.

قال في المستمسك: ونظير ذلك الوجوب الكفائي فإنه يتعدد بتعدد الواجب عليهم مع وحدة الواجب، فكما يصح اعتبار وجوب متعدد لواجب واحد يصح اعتبار ضمان متعدد لمضمون واحد، ولا فرق إلا من حيث التكليف والوضع إلى آخر كلامه.

ومع ذلك فالمشهور عند المعلقين عدم صحة هذا النوع من الضمان، وقد اختار عدم الصحة السادة ابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم ولعله للإجماع، أو لأن عمومات العقود لا تشمل إلا المتعارف منها، بضميمة أن ذلك لا يصح جعله بنحو الشرط، لأنه شرط خلاف مقتضى العقد، أو خلاف الكتاب والسنة.

لكن قد عرفت أن عمومات العقود كافية، والإجماع لو كان فهو محتمل الاستناد.

نعم جعله على نحو الشرط مشكل، لعدم استبعاد كونه خلاف مقتضى العقد المستفاد من السنة كصحيحة ابن سنان المتقدمة.

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برءت ذمته وذمة المضمون عنه، وإن أبرأ ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمة الضامن لعدم المحل للإبراء بعد براءته بالضمان

(مسألة ٣): {إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برءت ذمته} لأنه حقه، فإذا أسقطه سقط، إذ ليس ذلك حكماً بل حقاً، ومعنى الحق أنه يسقط بالإسقاط، لقاعدة تسلط الناس على أموالهم مما يستفاد منه تسلطهم على حقوقهم بطريق أولى.

{و} أما {ذمة المضمون عنه} فقد برأت بالضمان قبل ذلك بالنسبة إلى الدائن.

نعم فائدة الإبراء بالنسبة إلى المضمون عنه أن الضامن لا يستحق الرجوع عليه إذا كان يستحق مثل الإبراء، كما إذا كان الضمان بطلبه بدون قصده التبرع فإنه قد سبق في قصة الإمام علي بن الحسين (عليه السلام)[1] أنه يمكن أن يكون الضمان بطلب المديون، ومع ذلك يكون تبرعياً.

{وإن أبرأ} المضمون له {ذمة المضمون عنه} المديون {لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمة الضامن} لأنه لم يبرأها فلا وجه لسقوط حق المضمون عنه الذي كان على الضامن {لعدم المحل للإبراء بعد براءته} أي براءة المضمون عنه {بالضمان}.

ويظهر من الشرائع أن هنالك قولاً ببراءة الضامن، قال: ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا، انتهى.

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥١ الباب ٣ من أحكام الضمان ح١.

إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه، بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمة الضامن، وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة فإن أبرأ ذمة المضمون عنه برءت ذمة الضامن أيضاً.

وإن أبرأ ذمة الضامن فلا تبرأ ذمة المضمون عنه

ولذا قال المسالك: إنه يشعر بثبوت مخالف منا، لكن لم نقف عليه، وفي التذكرة ادعى إجماع علمائنا على ذلك.

أقول: لعل المحقق لم يرد أنه هناك مخالف منا، بل أراد وجود المخالف في الجملة، فقوله مشهور لنا، في قبال قول مشهور من العامة.

{إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً} في مقام الإثبات، وإلا فالكلام في مقام الثبوت {إبراء ذمة الضامن} كما ذكره الجواهر، وأشكل عليه بأنه خروج عما نحن فيه، وفيه: إن المراد تصوير المحتملات لا خصوصية الضامن.

{وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة} مما تقدم في المسألة السابقة صحته بعنوان عقد آخر {فإن أبرأ} المضمون له {ذمة المضمون عنه برأت ذمة الضامن أيضاً} لأنها الأصل في الدين، فإذا سقط الأصل سقط الفرع، سواء كان الضم بمثل الواجب الكفائي، أو كان بالترتيب وأنه إذا لم يدفع المضمون عنه كان على الضامن، كما تقدم في المسألة السابقة.

{وإن أبرأ ذمة الضامن فلا تبرأ ذمة المضمون عنه} لأن المضمون له أسقط حقه من الضامن فسقط.

كذا قالوا، ويمكن أن يقال ببراءة ذمتهما على التقديرين.

أما المضمون عنه فلم يسقط حقه من ذمته فلا يسقط حقه، بل يبقى حقه عليه على الأصل.

{كذا قالوا، ويمكن أن يقال}، الأظهر أن المصنف صور الواقع، لا أنه أراد الإشكال عليهم، إذ إمكان المصنف خروج عن موضوع البحث، وكما ذكرناه في قوله: (إلا إذا أستفيد) إلخ.

{ببراءة ذمتهما} الضامن والمضمون عنه {على التقديرين} فيما إذا فهم من كلام الدائن رفع اليد عن الدين المضمون، وإن أظهره في صورة براءة ذمة الضامن.

ومما ذكرناه يعلم أن إشكال السادة ابن العم والبروجردي وغيرهما على الماتن إنما هو في غير ما صورناه، قال ثانيهما: لكنه (أي يمكن أن يقال) ضعيف على ذاك القول، فإن إسقاط الوثيقة على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين، انتهى.

وسيأتي بعض الكلام في المسألة السادسة والعشرين.

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه وتبين إعساره، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان

(مسألة ٤): {الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له} لا ينبغي الإشكال في ذلك، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه، وذلك لأصالة اللزوم في العقود، وسيأتي في المسألة الآتية صحة جعل الخيار لأحدهما أو لهما، أو وجود حق الخيار تلقائياً لبعض أسبابه.

{فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان} الضمان {بإذن المضمون عنه} إذ المعاملة بين الضامن والمضمون له، ولا شأن للمضمون عنه بعد الضمان {وتبين إعساره} فإن اشتباه الضامن بظنه يسار المضمون عنه فإذا دفع المال إلى المضمون له رجع إلى المضمون عنه، لا يوجب تزلزل العقد، لإطلاق النص والفتوى في كونه لازماً، ومنه تبين عدم حقه في الفسخ وإن تبين مطل المضمون عنه وسوء معاملته.

{وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه} بلا إشكال ولا خلاف كما في الجواهر، وذلك لأصالة اللزوم، ولأنه إذا برأت ذمة المضمون عنه لا وجه لضمانها ثانياً إلا بدليل وهو مفقود.

{لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره} ومع ذلك قبل بضمانه {بخلاف ما لو كان} الضامن {معسراً حين الضمان وكان}

جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً

المضمون له {جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له} للمضمون له {الفسخ على المشهور} على ما وجده المصنف في كتبهم.

{بل الظاهر عدم الخلاف فيه} كما صرح بعدم الخلاف الجواهر، وبعدم وجدان الخلاف الرياض، وعن الغنية والسرائر وجامع المقاصد وغيرهم الإجماع عليه صريحاً أو ظاهراً.

{ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً} بالإضافة إلى الإجماع المتقدم، وما استدل به الجواهر من قاعدة الضرر، وبناء الضمان على الارتفاق وإرادة الأداء، وما ورد في الحوالة الدالة على ذلك وهي أخت الضمان.

والظاهر أن مراده بالخبر، موثق الحسن بن جهم، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات وله عليّ دين، وخلف ولداً رجالاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لأبي عليك من حصتي، وأنت حل مما لإخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال (عليه السلام): «تكون في سعة من ذلك وحلّ»، قلت: وإن لم يعطهم، قال: «ذلك في عنقه»، قلت: فإن رجع الورثة علي، فقالوا: أعطنا حقنا، فقال (عليه السلام): «لهم ذلك في الحكم الظاهر، وأما بينك وبين الله تعالى فأنت في حل منها إذا كان الرجل الذي أحللت يضمن رضاهم»، قلت: فما تقول في الصبي لأمه أن تحلل، قال (عليه السلام): «نعم، إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه»، قلت: فإن لم يكن لها مال، قال (عليه السلام): «فلا»، قلت: قد سمعتك تقول: إنه يجوز

تحليلها، فقال: «إنما أعني بذلك إذا كان لها»، قلت: فالأب يجوز تحليله عن ابنه، فقال له: «ما كان لنا مع أبي الحسن (عليه السلام) ــ يعني موسى بن جعفر (عليه السلام)، هامش الوسائل ــ أن يفعل في ذلك ما شاء»، قلت: فإن الرجل ضمن لي عن ذلك الصبي وأنا من حصته في حل، فإن مات الرجل قبل أن يبلغ الصبي فلا شيء عليه، قال (عليه السلام): «والأمر جائز على ما شرط لك»[1]. والحديث رواه الشيخ والكليني (رحمهما الله).

لكن يرد على الأدلة المذكورة: أن الإجماع محتمل الاستناد، وقاعدة الضرر ليست مطردة وإن أثبت الحكم الإيجابي بالخيار بتقريب ما ذكروه في خيار الغبن، وإنما لم تكن مطردة لأن المديون قد يكون أيضاً معسراً حيث لا فرق بين بقائه مديوناً وانتقال دينه إلى الضامن، وبناء الضمان على الارتفاق حكمة لا علة يدور مدارها الحكم، وما ورد في الحوالة لا يقاس عليه إلا إذا قطع بالمناط، والقطع يفيد القاطع فقط.

والموثقة لا دلالة فيها لما في المستمسك من أن مورده التحليل لا الضمان، ومفاده أن الملاءة شرط الصحة فيه لا شرط اللزوم كما هو المدعى، وأن ذلك مختص بالصبي وأمه دون البالغ وأخيه، فإن إطلاق الصحة في الثاني يقتضي عدم الصحة فيه، فيكون صدر الحديث دليلاً على عدم الخيار، مضافاً إلى ما فيه

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٢ الباب ٤ من أبواب كتاب الضمان ح١.

من الإشكال من صحة التحليل بلا إذن الدائن، أو الضمان بلا إذن المضمون له، انتهى.

لكن يمكن منع المناقشات المذكورة في الأدلة في الجملة، إذ الإجماع بعد عدم الخلاف من أحد يكفي مستنداً، وعدم الاطراد لا يضر بعد كفاية القاعدة في الجملة وعدم القول بالفصل، والبناء على الارتفاق مما يستفيد العرف منه ذلك، وما ورد في الحوالة يفهم منه المناط عرفاً.

قال أبو أيوب: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه، قال: «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[1].

ومثله سائر أخباره.

أما الموثقة[2] فقد قال مفتاح الكرامة: إن الشهرة تجبر دلالتها، بالإضافة إلى مرسلة الشيخ فقد ذكر الشيخ في النهاية الحكم، ثم قال: على أن به خبراً أو أخباراً، وابن إدريس أفتى به مع أنه لا يفتي إلا بالمقطوعات، ومثل هذا يكفى مؤيداً، وعليه فلا ينبغي الشبهة في الحكم.

{والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان} فلا عبرة بهما بعد ذلك {فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ} أي لا يصح الفسخ كما

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٢ الباب ٤ ح١.

كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار، والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا

هو المشهور، بل عن جامع المقاصد أن ظاهرهم الاتفاق عليه، والأدلة السابقة لا تدل على الخيار هنا، فأصالة اللزوم في المقام محكمة.

أما قوله: {كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار} فدليله الاستصحاب وإن كان فيه نظر، ولذا قال الجواهر: قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره للأصل، فإن الأدلة السابقة لا تجري في المقام، إذ لا إجماع، ولا «لا ضرر»، ولا تعليل بالإرفاق، وشمول أخبار الحوالة ولو بالمناط عرفاً غير ظاهر، وقد عرفت الإشكال في الموثق، وعليه فالحكم بما ذكره الماتن مشكل.

ومنه يعلم أن لا إطلاق لكلمات الأصحاب وإن استظهره المستمسك، ولذا استشكل على المتن بعض المعلقين، وإن سكت عليه معظمهم.

{والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا} كما في الجواهر، فإنه وإن لم يجر فيه بعض الأدلة السابقة مثل لا ضرر والإرفاق، إلا أن إطلاق بعضها الآخر، كما أن الفتاوى مطلقة أيضاً، كاف في الحكم.

ثم المراد بالعسر الذي لا يقدر على الدفع، فإذا كان معسر يقدر لم يشمله الأدلة السابقة.

وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا، وجهان.

ومنه يعلم حال الموسر الذي لا يقدر على الدفع لتجميد الجائر أمواله مثلاً، لصدق المعسر عليه في هذا الحال، ويؤيده مسألة الارتفاق ونحوه مما تقدم في الأدلة.

{وهل يحلق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا، وجهان} ذهب جمع منهم المسالك إلى عدم اللحوق، قال: وكما لا يقدح تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان.

وتبعه مفتاح الكرامة وغيره، ومن المعلقين قال بذلك السيد البروجردي وبعض آخر.

لكن في الجواهر تنظر في عدم الخيار، وقرب الخيار ابن العم وبعض آخر.

وجه الأول: إطلاق كلماتهم، وبعض الأدلة السابقة ولو بالمناط.

ووجه الثاني: جريان لا ضرر ونحوه، ولعل هذا هو مقتضى الصناعة.

أما قول المستمسك: إن العمل بقاعدة نفي الضرر لإثبات الخيار ليس بناء الأصحاب عليه في البيع، وليس من أنواع الخيار خيار المماطلة للبائع أو المشتري.

فيرد عليه: إن ما ذكروه في خيار البيع مع الاستدلال بلا ضرر ـــ كما في مكاسب الشيخ (رحمه الله) وغيره ـــ خلاف ما ذكره، ويكفي ذلك عن ذكرهم خيار المماطلة.

ثم لو ادعى المضمون له إعساره حال الضمان، وأنكره فالأصل عدم الخيار إلاّ إذا قلنا بأصل العدم الأزلي، حيث يكون حينئذ كاستصحاب العسر، فيما إذا علم بإعساره ثم شك في بقائه وعدمه.

(مسألة ٥): {يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له} كما عن جامع المقاصد أنه الأصح، ونقل عن صريح بيع التذكرة وظاهر بيع القواعد والمعتبر وغيرهما.

لكن عن القواعد في كتاب ضمانه: إن شرط الخيار في الضمان مفسد، وعن التذكرة: لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً، لأنه ينافي مقتضى الضمان، فإن الضامن على يقين من الغرر.

والمشهور بين المعلقين جوازه، وهو الذي اختاره السيدان ابن العم والبروجردي، خلافاً للسيد الجمال حيث قال: جوازه في غاية الإشكال، بل لا يبعد عدم جوازه.

أقول: مقتضى القاعدة جوازه، لأن اللزوم مقتضى إطلاق العقد لا مقتضى ذات العقد، فدليل الشرط يشمله، كما أن ذلك مقتضى القاعدة العقلائية، حيث إنها تقتضي أن كل ما للطرفين إبقاؤه كان لهما فسخه، والشارع لم يخالف ذلك كما خالف في بعض العقود والإيقاعات، مثل النكاح والطلاق والعتق والنذر ونحوها، فلم يرد دليل في الكتاب والسنة على خلاف ذلك، وليس الضامن مستثنى عن القاعدة المذكورة، ولذا يأتي فيه بعض الخيارات الأخر.

أما الذي يمكن أن يكون وجهاً للمنع، فهي أمور كلها مخدوشة، مثل ما تقدم في كلام التذكرة، ومثل أنه حكم لا حق فلا يدخله الخيار، ومثل أن الذمة إذا برأت لا يمكن ملؤها بدون سبب شرعي.

إذ يرد على الأول: إن الخيار لا ينافي مقتضى الضمان، بل إطلاقه كما عرفت، وقوله: فإن الضامن على يقين من الغرر، لا يجعل اللزوم مقتضى ذات

لعموم أدلة الشروط، والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما، كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا

الضمان، وكون اللزوم حكماً لا حقاً خلاف كون الضمان حقاً لم يتصرف فيه الشارع، حيث لا دليل على التصرف، وبراءة الذمة لم تكن مطلقة بل مقيدة، فإذا ذهب سببها ذهبت البراءة كما تقدم أنه لو ظهر إعساره كان له الفسخ.

وكيف كان، فالخيار ثابت {لعموم أدلة الشروط} بل وكذا مثل خيار العيب، كما إذا ضمن أن يؤدي الدين من مال خاص، ثم ظهر العيب في ذلك إن قلنا بصحة مثل هذا الضمان، كما يظهر من العلامة في القواعد قال: فلو شرط أحدهما ــ في مسألة ما لو ضمن اثنان ــ الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الأداء رجع على الموسر بما أدى، ويضرب الموسر مع الغرماء، انتهى.

{والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما} أو للمضمون عنه، وذلك لإطلاق دليل الشرط إلا إذا كان هناك محذور، كما إذا شرط الضامن على المضمون عنه أن يؤدي إليه أكثر مما يؤديه إلى المضمون له، لأنه ربما يشمله مناط الربا، حيث ورد في الحديث: «إن الله لم يحرم الربا لاسمه، وإنما لأنه سبب لفساد المال» كما يأتي.

{كما إذا قال الضامن: أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا} إلى غير ذلك من الشروط، خلافاً

لما عن التذكرة، قال: ولو ضمن رجل عن غيره ألفاً وشرط المضمون له أن يدفع إليه الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان، بطل الشرط إجماعاً.

قال في المستمسك: والظاهر أن دعوى الإجماع المذكورة مبنية على أنه من الربا المحرم بالإجماع، وإلا فلم أقف على من تعرض لهذا الشرط ولحكمه، فضلاً عن كونه معقد إجماع، وليس هو من الربا في البيع ولا في القرض، انتهى.

وأشكل فيه أيضاً السيد الجمال، قال: يشكل جوازه، ولو قيل به ففي كون التخلف عنه موجباً للخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح وجهان، والأظهر الثاني.

أقول: إنما كان مقتضى الشرط كذلك عند المعلق، لأنه إذا لم يكن انفساخ عقد ولو بالتقايل ـــ كما في النكاح ـــ فأدلة الشرط لا تتمكن من جعل الخيار فيه، لحكومة دليل العقد على دليل الشرط، وإنما دليل الشرط يجعل ذلك العقد وسائر لوازم الشرط، مثل بطلان نكاح المرأة الثانية إذا شرطت عليه الأولى عدم نكاحها، فيما إذا قلنا إن الشرط يقتضي الوضع، أو عدم لزوم إطاعته إذا شرطت عليه عدم فض بكارتها مثلاً، إلى غير ذلك من اللوازم.

وكيف كان، فلو قيل بالعلة في الربا لم يصح الشرط، لأن حاصل الشرط أن المضمون عنه يعطي أقل أو أكثر، والضامن يعطي أقل أو أكثر، والمضمون

ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط.

له أعطى أقل فأخذ الأكثر، أو بالعكس، وكله فساد للمال.

ولعل العلامة نظر إلى ذلك، فلا يرد عليه إشكال المستمسك بأنه إن تم ذلك في الشرط للمضمون له لا يتم في الشرط للضامن، لأن الشرط الموجب للربا ما يرجع إلى الدائن دون ما يرجع إلى المديون.

{ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط} لأن ذلك مقتضى الشرط، حيث إنه لو لزم بدون الشرط كان ضرراً، فلا ضرر يرفع اللزوم، كما تقدم في أن نفي الضرر يرفع اللزوم على ما ذكروا في خيار الغبن وغيره.

هذا بالإضافة إلى أن العقد وقع قابلاً للفسخ إذا لم يأت بالشرط ولو ارتكازاً، والعقود تتبع القصود، فهو عقد هكذا، فبدون الشرط وفسخه لايكون (عقود كم) حتى يشمله ﴿أَوْفُوا﴾[1].

(١) المائدة: الآية ١.

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً، وضمن من غير إذن مولاه، أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق، لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له.

(مسألة ٦): {إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن} بإذن مولاه فلا إشكال، وإن ضمن {من غير إذن مولاه} وأذن فلا إشكال، لأن أعماله بالإجازة نافذة.

قال (عليه السلام): «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»[1].

{أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق} أو ما أشبه ذلك بأن قلنا له ملك، وتمكن من الأداء في الوقت المقرر، لم ينبغي الإشكال، لإطلاق الأدلة.

نعم، إذ لم يقدر على الأداء في الوقت المقرر {لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له} لمناط ما تقدم من الخيار في إعسار الضامن، فإنه كالمفلس المحجور عليه.

وحيث إن المسألة خارجة عن محل الابتلاء فعلاً لم نفصل الكلام حولها.

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٢٣ الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح١.

(مسألة ٧): {يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً} الأقسام ستة: لأنه إما حال أو مؤجل، وعلى كل حال إما أن يضمنه حالاً أو مؤجلاً، وإذا كان مؤجلاً وضمنه مؤجلاً فإما بقدر الأجل أو أكثر منه أو أقل، وكلا القسمين المذكورين في المتن يشملهما الإطلاق، ولا إشكال في الضمان المؤجل.

وقد ادعى على صحته عدم الخلاف أو الإجماع، المحققان والمسالك والإيضاح والتنقيح والمفاتيح والكفاية وغيرهم، وتوهم أنه لا يصح لأنه تعليق للضمان مردود بأنه لا دليل على عدم صحة التعليق أولاً، وعدم كونه تعليقاً، ولذا قال المسالك: ليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم، ثانياً.

ثم إن الأجل يلزم أن يكون محدوداً حداً لا يلزم منه الغرر، لنهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، فلا يصح أن يضمن إلى أجل غير محدود، أما إذا ضمن إلى مثل الغلة وقدوم الحاج فلا بأس، حيث لا يلزم من ذلك غرر، وقد تقدم ضمان الإمام السجاد (عليه السلام) إلى الغلة.

ثم لو ضمن مؤجلاً بدون تعيين الوقت، فإذا كان ذلك مصب العقد أو قيداً، فاللازم القول بالبطلان، لأنه عقد غرري يشمله نهي الشارع، وإن كان من قبيل الالتزام في الالتزام، كان اللازم القول بالصحة، وكان للمضمون له مطالبته حالاً.

ثم إن الضمان إلى الغلة ونحوها إن كان له خارج محدود فهو، وإلا كان اللازم الرجوع إلى العرف في الصدق، هل أنه أول مجيء الغلة، أو بعد ذلك،

وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص، والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلاً، وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم، ضعيف

أو آخره، والغالب أن العرف يرى ذلك في وقت الوفور ووقت تواتر مجيء الحجاج ونحو ذلك، وسيأتي الكلام في ضمان الحال حالاً.

{وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً} وذلك لإطلاق الأدلة، وذلك هو المشهور فيهما، وسيأتي خلاف الشيخ والفخر في ضمان المؤجل حالاً {بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص} لا إشكال ولا خلاف في ما كان أجل الضمان أبعد، أما في المساوي والأنقص فقد ذهب المشهور إلى الصحة، خلافاً في المساوي للشيخ، وفي الأنقص للشيخ وفخر الدين كما حكي عنهم، لكن حيث إن ما يستدل به لهما فيه ضعف كان مقتضى القاعدة مع المشهور.

{والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلاً} كما عن الشيخ والمفيد والقاضي وابن حمزة {وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم} وإلا لم يكن سلماً فالأجل مقومه، وكذلك في الضمان.

قال الشيخ في محكى النهاية: ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم.

{ضعيف} إذ استدل له بأنه لولا الأجل كان غرراً، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عنه[1]، وفيه: إن ضمان الحال حالاً لا غرر فيه، هذا مع أنه يحتمل أن يريدوا وضوح ما كان الأداء حالاً أو مؤجلاً، لا أن المراد بالأجل مقابل

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من عقد البيع وشرائطه ح١٢.

الحال، ولذا حمل محكي السرائر كلام الشيخ على أنه إذا اتفقا على كون الضمان بأجل، فلابد من تعيينه.

نعم يظهر من الشرائع وغيره أنهم فهموا من كلامهم ما ذكره المصنف، ولذا قال المحقق: وفي الحال تردد أظهره الجواز.

قال في الجواهر بعد ذكر ما تقدم: فمن الغريب ما في المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الصور الاثنتي عشرة ـــ الصور الستة بضربها فيما كان الضمان تبرعياً أو بطلب المضمون عنه ـــ إن كلها جائز على الأقوى، إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، انتهى.

إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور.

ثم قال: وأما احتمال المنع في ضمان الحال حالاً، والمؤجل بمثل أجله أو أنقص، الناشئ من تعليل المنع للضمان الحال في المختلف بالإرفاق، فليس خلافاً في المسألة، وعلى تقديره فهو واضح الضعف، ضرورة عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجه يقتضي ذلك، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك.

{كالقول بعدم صحة ضمان الدين المؤجل حالاً أو بأنقص} خلافاً لما عن الشيخ من أنه لا يصح، لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل، ولأن الضمان نقل المال على ما هو به، ولأن الحلول زيادة في الحق، ولهذا يختلف الأثمان به، وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته، فيكون ضمن ما لم يجب فلا يصح عندنا.

وهذه الوجوه ذكرها المحقق الثاني ناقلاً أخيره عن فخر المحققين، والكل

ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب كما ترى.

ضعيف، فإن الفرع لا يكون أقوى من الأصل وجه اعتباري لا يمكن بناء الأحكام عليه، خصوصاً بعد وجود إطلاق دليل العقد فيما إذا جعل مصباً، وإطلاق دليل الشرط فيما إذا جعل شرطاً، وكون الضمان نقل المال على ما هو به إن أريد به لزوم أن يكون على ما هو به فهو أول الكلام، وإن أريد به أن إطلاق الضمان يقتضي ذلك فلا يمكن أن يستدل به لما إذا ذكر الضمان مقيداً لما هو مقتضى الإطلاق، لا مقتضى ذات الضمان.

{ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب} كما في الدليل الثالث {كما ترى} لما ذكره المستمسك من أن الضمان للدين وهو ثابت في الذمة، لاللأجل فإن الأجل للوفاء بما في الذمة، لا أنه مضمون بنفسه.

وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة، ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

ومما تقدم ظهر جواب إشكال أنه مع الاختلاف في الدين والضمان حالاً ومؤجلاً، أو بشرط وبلا شرط يلزم الربا، إذ للأجل قسط من الثمن، وكذلك للشرط.

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه، فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه، لأن الذي عليه كان حالاً و لم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان.

(مسألة ٨): {إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه، فالأجل للضمان لا للدين} فالدين موجود الآن، وإنما ليس للمضمون له مطالبته في الحال، وإنما صار الدين الحال مؤجلاً بالشرط الذي يشمله عموم (المؤمنون عند شروطهم) فحاله حال ما إذا شرط على الدائن في عقد أن يؤجل دينه الحال، حيث يلزم الشرط، وإنما قال بإذن المضمون عنه، لما أراد أن يتفرع عليه من قوله: فلو أسقط، إذ لو لم يكن بإذن المضمون عنه لم يكن له مطالبة المضمون عنه.

نعم لا شك في لزوم رضى المضمون له بهذا الأجل، لأن له الدين الحال، والعقد بين الضامن وبين المضمون له.

{فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل، يجوز له الرجوع على المضمون عنه} كما ذكره الشيخ والعلامة في جملة من كتبه، والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبي الحدائق والجواهر وغيرهم {لأن الذي عليه} أي على المضمون عنه {كان حالاً ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان} إذ لا وجه لانقلابه إلى المؤجل، فالمضمون عنه عليه أن يعطي الدين إما للدائن وإما للضامن.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا أذن المضمون عنه للضامن في الضمان بشرط الأجل، حيث لا يصح للضامن الرجوع عليه حالاً، لأن معنى شرطه اشتراط الأجل في الرجوع عليه، كما أشار إلى ذلك المستمسك.

وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته، يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة إلى المضمون عنه ضعيف.

{وكذا إذا مات} الضامن {قبل انقضاء أجله وحلّ ما عليه} لأن بالموت تحل الديون {وأخذ من تركته} أو أداه الحاكم فيما إذا لم تكن له تركة، لما ورد من أن دين المديون على بيت المال، فقد قال (صلى الله عليه وآله وسلم) فيما رواه جابر: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً فعلي»، وحيث إن الحاكم يؤدي عن الضامن الذي اشتغلت ذمته بالضمان كان للورثة الرجوع إلى المضمون عنه، فإنه كتبرع متبرع عن الضامن أو الميت، فتأمل.

{يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه} كما عن الشيخ والعلامة في جملة من كتبه والمحقق والشهيد الثانيين وصاحبي الحدائق والجواهر، نعم يأتي هنا الاستثناء السابق.

{واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً حتى بالنسبة إلى المضمون عنه} لأن معنى الضمان مؤجلاً أن صاحب الدين قد بعد دينه، فإذا أعطاه الضامن حالاً لا يحق له الرجوع على المضمون عنه، لأنه عمل تبرعي منه فلا يجعل الدين المؤجل حالاً، {ضعيف} إذ الضمان المؤجل لا يجعل الأجل لنفس الدين، لما تقدم من أنه لا وجه للانقلاب، إذ لا دليل عليه من الشرع، ولم يكن العقد كذلك حتى يقال: إنه مقتضى العقد.

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك، فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته، ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلاّ بعد حلول أجل أصل الدين.

(مسألة ٩): {إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك} بقدر أجله مثلاً {فمات} الضامن {وحل ما عليه} من الدين {وأخذ} الدائن {من تركته} أو دفعه الحاكم كما سبق {ليس لوارثه} وارث الضامن {الرجوع على المضمون عنه إلاّ بعد حلول أجل أصل الدين} الذي كان على المضمون عنه.

وقد أفتى بذلك المبسوط والتذكرة والتحرير والقواعد ومفتاح الكرامة والجواهر وغيرهم على ما حكي عن بعضهم.

وأشكل عليه المستمسك بأن الدين الأصلي قد فرعت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، وإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه يقتضي جواز الرجوع في المقام بعد الأداء من دون مقيد يقتضي تأجيل الرجوع، ومجرد كون الدين الذي كان على المضمون عنه مؤجلاً لا يقتضي التأجيل للدين الجديد، إلى آخر كلامه.

وفيه: إن الدين الأصلي وإن فرغت منه ذمة المضمون عنه فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، لا يستلزم أن يكون للضامن الحق في أن يرجع إليه حالا، إذا كان أصل الدين مؤجلا، إذ ما يأخذه الضامن بدل ما كان يأخذه المضمون له، وحيث لم يكن الأصل حقاً على المضمون عنه حالاً، لم يكن الفرع حقاً عليه حالاً، فلا مجال لإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه بما أداه، فقوله وبالجملة تعليل جواز الرجوع على المضمون عنه حالاً ومؤجلاً بكون الدين الذي كان عليه حالاً أو مؤجلاً غير ظاهر، لعدم دخل ذلك به، إذ لو كان الدين

لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه، وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل، لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل.

مؤجلاً لم يكن حق على المضمون عنه حالاً، سواء رجع إليه الدائن أو الضامن.

وكذا إذا مات الضامن فحل عليه الدين {لأن الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه} فالمرجع الدليل الأول الذي ذكرناه من كون الحق على المضمون عنه مؤجل، سواء أراد الدائن أو الضامن أخذه.

{وكذا لو أسقط أجله وأدى} الضامن {الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل} سواء أداه حالاً، أو بأجل أقل من أجل أصل الدين، فإن المعيار في أجل أصل الدين، لا مطلق الأجل ولو قبل أجل أصل الدين، لوحدة العلة فيهما، ولذا الذي ذكرناه لم يعلق على المتن أحد من المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه، فإن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه، يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل.

(مسألة ١٠): {إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه} فقد صار الدين حالا بالنسبة إلى الضامن، لأنه مقتضى العقد فيجب الوفاء به، إذ لا وجه لعدم وجوب الأداء حالا بعد التزامه به، وكون أصل الدين مؤجلاً ولا يزيد الفرع من الأصل غير تام، لأنه كان حق للمضمون عنه أن يؤخر فأسقط حقه باختياره.

وعليه كان اللازم أداء الضامن له حالا، فإن أداه فهل يكون حالا بالنسبة إلى المضمون عنه، بحيث يكون للضامن الرجوع عليه بمجرد الأداء قبل أجل أصل الدين أو لا، فيه أقوال.

{فـــ} المصنف على أنه {إن فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك} لكن يجب أن يقيد كلامه بما إذا كان الرجوع إليه جزءً أو شرطاً في ضمن عقد، أو كان الضامن مغروراً، حيث يرجع إلى من غره، وإلا فمجرد الرضى من المضمون عنه لا يوجب إلزامه، بل وإن وعد، لأن الوعد بدون العقد والغرور لا يصحح الإلزام.

{وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل} لما تقدم من أن الحلول بالنسبة إلى الضامن لا يلازم الحلول بالنسبة إلى المضمون عنه بعد أن كان أصل الدين مؤجلاً ولا سبب لانقلابه حالاً.

والإذن في الضمان أعم من كونه حالا.

{و} إن قلت: قد أذن المضمون عنه في أن يضمن حالاً.

قلت: {الإذن في الضمان أعم من كونه حالاً} فلا غرور ولا عقد حتى يلزم على المضمون عنه إعطاؤه الضامن حالاً، كما أعطى هو للمضمون له حالا، ولعل هذا هو مراد الذين ذكروا أنه لا يحق للضامن الرجوع إلى المضمون عنه إن أداه حالا، كما نسبه مفتاح الكرامة إلى المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير ومجمع البرهان.

قال في محكي التذكرة: على قولنا إنه يصح ضمان المؤجل حالاً إذا أدى الضامن المال إلى صاحبه لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا عند الاجل إن أذن له في مطلق الضمان، ولو أذن له في الضمان عنه معجلا ففي حلوله عليه إشكال، أقربه عدم الحلول أيضاً.

أقول: الظاهر منه ما ذكرناه من أن مجرد الإذن لا يوجب ضمانه له معجلاً إذا لم يكن عقد أو غرور.

أما من أطلق جواز الرجوع إلى المضمون عنه بسؤاله مطلقاً، كما عن التنقيح وظاهر القواعد ــ وإن قال ثانيهما يحل مع السؤال على إشكال ــ فقد استدل له المستمسك بعد أن قاله إنه الأقرب: بإطلاق ما دل على رجوع الضامن على المضمون عنه عند أداء مال الضمان من دون مقيد ظاهر، والإذن في الضمان وإن كان أعم من كونه حالاً، لكن الإطلاق المتقدم كاف في جواز الرجوع.

وفيه: إن الإذن في الضمان بعد أن كان أعم و لم يكن غرور، لم يكن وجه لكون البدل حالاً بعد أن كان المبدل منه مؤجلاً، والإطلاق لا يفيد انقلاب المؤجل حالاً.

وهناك أقوال أخر نادرة لا يهم التعرض لها.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا ضمنه بأقل أجلاً من أجل أصله، ولذا قال المصنف:

(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً، وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد

(مسألة ١١): {إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه، ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله} لأن المسألتين من واد واحد، كما ذكره الجواهر وغيره.

وقال في المستمسك: يأتي في هذه المسألة الأقوال المتقدمة هناك، لوجود مأخذ الأقوال المذكورة فيها هنا أيضاً.

ومنه يعلم حال ما ضمن إعطاء الدين بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً، مرة أو أقساطاً، ومن هذه المسألة والمسألة السابقة يظهر حال ما إذا كان الدين أقساطاً مؤجلاً ومعجلاً، أو مؤجلاً طويلاً وقصيراً، ثم ضمنه بمثله أو بالاختلاف، مما لا داعي إلى تفصيل الكلام فيها.

{وإذا ضمنه بأزيد من أجله} في المؤجل {فأسقط} الضامن {الزائد وأداه، جاز له الرجوع عليه على ما مر} إلا إذا كان الشرط عدم الرجوع إليه إلا وقت أجل الضمان {من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً} أزيد من أجل أصل الدين.

{وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد} أو ما أشبه الموت

فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه.

كالارتداد، حيث إن ديونه تكون حالة لأنه بمنزلة الموت، كما حقق في محله.

{فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه} ولو كان له الأداء قبل الأجل في المؤجل، أو بأقل أجلاً في طويل الأجل، بأن كان الشرط إعطاء المضمون عنه له حيث أدى، فادعى الأداء فالقول قوله وإن أنكر المضمون عنه، لأنه أمين فقوله مقدم وإن كان خلاف الأصل.

ولو قال الضامن: كان الشرط عليك أن تعيطني حين ما أعطيت، وقال المضمون عنه: بل لم يكن شرط فليس لك حق علي إلا بعد وصول أجل أصل الدين، كان الأصل مع المضمون عنه.

والأمين إنما يقبل قوله فيما فعل، لا فيما يقول، لأن الأول هو الظاهر من أدلة «ليس على الأمين إلا اليمين» فلو قال الودعي: أجزت لي أن أعطي الوديعة لزيد، وقال المالك: لم أجزه لك، قدم قول المالك ولا يحق للودعى دفعها إلى زيد.

نعم لو أعطاها لزيد واعترض عليه المالك، فقال: إنه أجازه له، كان القول قول الودعي، لأنه أمين، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو ضمنه ضماناً مطلقاً، إن حالاً دفعه حالاً، وإن مؤجلاً دفعه مؤجلاً صح، لإطلاق الدليل وعدم الغرر، وإن اختلفا بعد ذلك في أنه حال أو مؤجل كان على مدعي الأجل إقامة الدليل.

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برأت ذمته و لم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره

(مسألة ١٢): {إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه} في كل الدين أو في بعضه، كما إذا أذنه في أن يضمن نصف دينه فضمنه الكل {برأت ذمته و لم يكن له الرجوع عليه} في الزائد عن إذنه، فالصور أربع: لأنه إما أن يضمن بإذنه أو لا، وعلى كل أما أن يؤدي بإذنه أو لا.

ولذا قال الشرائع: يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه إن ضمن بإذنه، ولو أدى بغير إذنه، ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ولو أدى بإذنه، وقد ادعى المحقق والشهيد الثانيان على ذلك الإجماع، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وكل ذلك حسب القاعدة، إذ الضمان بالإذن يوجب الرجوع عليه كما تقدم، ولا حاجة بعد ذلك أن يكون الأداء بالإذن، لعدم الحاجة إليه بعد العقد.

نعم إذا شرط أن يكون الأداء بإذنه لم يكن له الأداء بدون إذنه، وان كان الضمان بإذنه.

والضمان بدون الإذن يفرغ ذمة المضمون عنه، فلا فرق في عدم ضمانه للضامن كون أدائه بإذن المضمون عنه أو لا، فإنه {وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره} لم يسبب ذلك ملاء ذمة المضمون عنه بعد فراغه بالضمان بدون الإذن، فإن الإذن والأمر في أداء ما وجب على الإنسان ليس من أسباب الضمان، فهو كما لو أمر القاتل خطاءً العاقلة بأداء ما عليهم، فإن أداءهم للدية لا يسبب ضمان القاتل، إلى غير ذلك من الأمثلة، بل هو الحال وإن كان الضامن أراد عدم الإعطاء عصياناً فأمره المضمون عنه بالأداء، إذ الأمر بالطاعة لايستلزم الضمان.

إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: أد ما ضمنت عني وارجع به عليّ، على إشكال في هذه الصورة أيضاً من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به.

{إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه} وذلك لأنه ضمان عرفي أمضاه الشارع للسيرة المستمرة، فهو كما إذا قال: أدّ للفقير ديناراً عليّ، أو قال: ألق متاعك في البحر عليّ، ولذا مال إليه الجواهر ممثلا له بما إذا قال للأجنبي: أدّ عن الضامن المتبرع وارجع به علي، فإذا أدى بعنوان امتثال أمر المضمون عنه صح الرجوع إليه.

وعليه فقوله: (في الأداء عنه) يراد به كون الأداء عليه، لأنه صادر عن أمره وإذنه، لا أن الأداء عنه بمعنى إفراغ ذمته، إذ قد تقدم أن الذمة تفرغ بمجرد الضمان الموجب لنقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن كما تقدم.

{كأن يقول: أد ما ضمنت عني وارجع به عليّ، على إشكال في هذه الصورة أيضاً} كما حكاه الجواهر، وعلله بما في المتن {من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به}، لكن الظاهر أنه لا إشكال فيه، لأن الوعد إنما لا يلزم الوفاء به إذا كان وعداً بالإحسان إليه مجاناً، كما إذا قال: سوف أعطيك ديناراً، أما إذا كان وعداً في قبال شيء يفعله الطرف، كما إذا قال: ألق متاعك في البحر أو أعطه خبزاً أو ابن داره أو ما أشبه ذلك وعليّ كذا، أو عليّ عوضه، فهو إما داخل في عنوان الجعالة، أو أنه عقد جديد يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾.

ويؤيده ما تقدم من السيرة المستمرة بين المتشرعة، كما استشهد بها المستمسك، ولذا أشكل على إشكال المصنف غير واحد من المعلقين، وإن سكت عليه أمثال

وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه.

السادة ابن العم والبروجردي والجمال.

نعم، ليس من باب الجعالة والعقد إذا لم يكن في قبال ما يعمله الطرف مال عرفاً، كما إذا قال: زوّجه بنتك وأعطيك مائة، أو ادرس وأعطيك عشرة، أو ما أشبه ذلك، فيما لم يكن داخلاً في الإجارة بأن لا يكون من قبيل أعقد العقد وأعطيك كذا.

{وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء} فإن أدى كله رجع عليه بالكل، وإن أدى بعضه رجع عليه بالبعض، {وإن لم يكن} الأداء {بإذنه} بلا إشكال ولا خلاف، بل عليه دعوى الإجماع في كلام جماعة، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

وذلك لما دل على أن الضمان بالإذن يوجب الرجوع، ولم يدل دليل على الاحتياج بعد ذلك إلى الإذن، بل لو صرح بأنه إن أدى إليه لم يؤده إليه لم ينفع في دفع الضمان، فإنه بعد الضمان صار المضمون عنه أجنبياً وصار الدين في ذمة الضامن، فالواجب أداؤه وإن منع عن الأداء الأجنبي، واستشهد له غير واحد بما رواه المشايخ الثلاثة، عن الحسين بن خالد، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال».

فإن المراد أن قرار الغرر ليس على الضامن، بل على المضمون عنه، وإطلاقه يشمل ما إذا كان الأداء بغير إذن المضمون عنه، بل مع منعه أيضاً.

أما شمول إطلاقه للضمان بغير إذن فلا، للانصراف القطعي، ولأنه خلاف سلطنة الناس، وللإجماع كما ادعاه غير واحد.

لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء، نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

{ولأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء} حتى يحتاج إلى الإذن في الأداء.

{نعم لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن، ليس له الرجوع عليه} سواء طلب التبرع بكل الدين أو ببعضه، فإن إقدام الضامن على الضمان بدون القرار بإعطائه بدله أوجب اشتغال ذمته {لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن}، وإن لم يقصد الضامن التبرع حين الضمان أو حين الأداء.

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله، إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء

(مسألة ١٣): {ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن} غير التبرعي، إذ قد عرفت أن الإذن بالضمان تبرعاً كلا إذن، {إلا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه} نعم حكي عن المبسوط حيث أفتى بأنه إذا ضمن بإذنه كان له المطالبة عن المضمون عنه بتخليصه من الدين وإن لم يطالبه المضمون له، وعن العلامة في التحرير متابعة الشيخ.

{وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدى} فلو أدى نصف الدين لم يكن له الرجوع إليه بالكل، وهكذا.

وإنما قال المشهور بذلك {إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده} أي بمجرد الضمان بدون الأداء كما تقدم من أن الضمان نقل في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن {إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل} للضامن {إلا بعد الأداء وبمقداره} وكأنه لأصالة عدم اشتغال ذمة المضمون عنه قبل الأداء، فإن الاشتغال بعد الأداء متيقن، أما قبله فلا.

{وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء} فالاشتغال معلق بالأداء

فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأول، وعلى أي حال لا خلاف في أصل الحكم، وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان في قبال اشتغال ذمة

وإن حصل مقتضيه بالضمان كالنذر المعلق بشيء، حيث إنه قد حصل المقتضي وإنما يلزم إذا حصل المعلق عليه النذر {فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه} أي حين الضمان.

{وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء}، وإما لوجه رابع احتمله الجواهر بأن يكون اشتغال الذمة حاصلاً بمجرد الضمان لكنه متزلزل فيستقر بالأداء، وإذا لم يحصل الأداء بطل الاشتغال وانفسخ.

قال في المستمسك في الفرق بين هذا والاحتمال الثالث المذكور في المتن: وأما الاحتمال الثالث فالظاهر منه حصول الاشتغال بمجرد الضمان وبقاؤه، وإن لم يحصل الأداء أبداً.

{وظاهرهم هو الوجه الأول}، وقد ذكر غير واحد أنه مقتضى القاعدة أيضاً، وكأن المراد بها قاعدة عدم اشتغال ذمة الإنسان بشيء إلا إذا علم بذلك، ولا علم باشتغال ذمة المضمون عنه قبل أداء الضامن، فالأصل عدم اشتغالها.

{وعلى أي حال} من الاحتمالات في وجه عدم الرجوع إليه إلا بعد الأداء وبمقداره {لا خلاف في أصل الحكم} كما عرفت، {وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته} ذمة المضمون عنه {من حين الضمان في قبال اشتغال ذمة

الضامن} فإن الضامن لما ضمن بالإذن كان معناه نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة نفسه في قبال اشتغال ذمة المضمون عنه بقدر ذلك الضمان.

{سواء أدى أو لم يؤد} فإن بالضمان فرغت ذمة المضمون عنه عن الدين، في قبال ملأ ذمته للضامن، اللهم إلا أن يقال: إن هناك اشتغالين وأداءين، مثل البيع، فإنه بعد البيع يشتغل كل إنسان بأداء مال الآخر إليه، فإن أدى حق له أن يأخذ، وإلا فلا حق، وهنا تشتغل ذمة الضامن في قبال اشتغال ذمة المضمون عنه، لكن أداء المضمون عنه لا يكون إلا بأداء الضامن، فليس مقتضى القاعدة إلا ما ذكروه لا ما ذكره الماتن.

ولذا أشكل عليه غير واحد، لا لما ذكره السيد الجمال معللاً للقاعدة المؤيدة للمشهور: بأن إذن المضمون عنه في الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا يوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءً لمال الضامن ونحوه في أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمته بما استوفاه، وظاهر أن قضية ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، انتهى.

إذ يرد عليه أن الضمان يوجب ذلك، لما عرفت من قضية المبادلة، ولذا قال السيد الحكيم: الإشكال فيه ظاهر مما عرفت، فإن أداء الضامن للمال لا يرتبط بالمضمون عنه بوجه، وإنما يرتبط بالضمان وبه فراغ ذمته، وأما ما يرتبط بالمضمون عنه ويكون به فراغ ذمته من ثقل الدين فهو ضمان الضامن، وهو الذي أذن له فيه وأمره به، وبنفس الضمان تكون الخسارة المالية على الضامن، وهي بأمر المضمون عنه فيكون ضامناً، انتهى.

وبذلك يظهر أن سكوت ابن العم وتأييد السيد البروجردي للماتن غير ظاهر الوجه، قال ثانيهما عند قوله (مقتضى القاعدة): هذا هو الأقوى، ولا إجماع ولا خبر على خلافه، وهو مختار الشيخ وجماعة، نعم خالفه العلامة واشتهر بعده، انتهى.

{فــ} ليس {الحكم المذكور} بعدم الرجوع إلا بعد الأداء {على خلاف القاعدة} بل طبقها، وقد {ثبت} أيضاً {بالإجماع} المتقدم نقله.

{وخصوص الخبر} الذي دل عليه، وهو خبر الحسين بن خالد الذي رواه المشايخ الثلاثة، عن أبي الحسن (عليه السلام)، قلت له: جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم؟ فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»[1].

بناءً على دلالته على أن استقرار الغرم على المضمون عنه، فلا غرم عليه قبل أداء الضامن.

وموثق عمر بن يزيد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»[2].

ونحوه موثق عبد الله بن بكير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)[3].

لكن الإجماع والنص لم يدلا على عدم الاستحقاق، وإنما دل الإجماع

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٤٩ الباب ١ من أبواب أحكام الضمان ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح١.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح٢.

عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»، بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر

على عدم الرجوع خارجاً، وعدم الرجوع غير عدم الاستحقاق.

بل ظاهر عبارة الشرائع وجود الاستحقاق قال: إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه، وظاهره اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بالإذن، لا أنه لا اشتغال إلا بالأداء.

ولذا قال المستمسك: إن الإجماع على عدم جواز رجوع الضامن إلا بما أداه، وكذا النص لم يدلا على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، فإن الإجماع دل على عدم جواز المطالبة قبل الأداء، والخبر يدل على أن الضامن بعد أن يغرم تكون غرامته على المضمون عنه، ولو لأجل كونه مشغول الذمة بذلك من الأول، أما لأنه لا تشتغل ذمته قبل الأداء فلا دلالة له عليه، انتهى.

وعليه فالخبر المتقدم {عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه، قال: «ليس له إلا الذي صالح عليه»[1]} لادلالة له على قول المدعي بعدم الرجوع إلا بعد الأداء.

وإن قيل بالدلالة {بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر} وجه عدم الدلالة أنه يدل على أنه ليس للضامن إلا مقدار ما أعطى، ولا تلازم بين ذلك وبين عدم اشتغال ذمة المضمون عنه إلا بعد الأداء، فالمورد مثل عدم استحقاق البائع من المشتري إلا مقداراً من الثمن يكون في قبال بعض المبيع الذي يؤديه إليه،

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٣ الباب ٦ من أبواب أحكام الضمان ح١.

ويتفرع على ما ذكروه أن المضمون له لو أبرأ ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا

فإذا باعه مناً بدرهمين وأعطاه نصف منّ استحق درهماً، ولا دلالة في ذلك على عدم اشتغال ذمة البائع بالبيع كل المبيع، فقد استحق الضامن على المضمون عنه كل المال في قباله إعطائه كل المال للمضمون له، فإذا أعطى بعضه للمضمون له ولو بالمصالحة لم يستحق عن المضمون عنه إلا أخذ مقدار ما أعطى.

والحاصل: إن المصنف يقول: ليس للضامن الرجوع إلا بعد الأداء، لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه قبل أداء الضامن، هذا هو الذي ذكره المشهور، ودل عليه الإجماع والنص، وإن كان على خلاف القاعدة.

وفيه: أولاً: إن الحكم ليس على خلاف القاعدة.

وثانياً: ذمة المضمون عنه مشغولة بمجرد الضمان، لا بأداء الضامن.

وثالثاً: إن النص والإجماع بعدم رجوع الضامن إلا بما أدى، لا يدلان على نفي استحقاق الضامن بمجرد ضمانه، كما تقدم وجه عدم الدلالة.

{و} كيف كان {يتفرع على ما ذكروه} من أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه إلا بما أدى، في قبال احتمال المصنف الذي جعله مقتضى القاعدة من الرجوع بمجرد الضمان أدى أو لم يؤد، {أن المضمون له لو أبرأ ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا} وهذا يصح أيضاً على ما ذكرناه من أن الأداء في قبال الأداء، وإن اشتغلت ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان.

وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقل كما هو مورد الخبر، وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً.

{وإن أبرأه من البعض ليس له} للضامن {الرجوع} على المضمون عنه {بمقداره} أي بمقدار ما أبرأه، لأنه لم يؤد إلا ذلك المقدار فقط، فليس للضامن أكثر مما أعطى.

{وكذا لو صالح} الضامن {معه} مع المضمون له {بالأقل} فله أن يأخذ من المضمون عنه ذلك المقدار الأقل {كما هو مورد الخبر} المتقدم.

{وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً فأدى}:

١- كله، فلا يحق للضامن الأول أن يأخذ من المضمون عنه شيئاً {فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه} بشيء {وإن كان} الضمان {بإذنه}.

٢- أو أدى بعضه، وأدى البعض الآخر الضامن الأول، فإن الضامن الأول حيث يؤدي بعض المال ليس له أن يأخذ من المضمون عنه إلا بقدر ذلك البعض.

{وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً} لأن الضامن لم يعط شيئاً، وقد كان أخذه من المضمون عنه باعتبار أنه أعطى، فإذا لم يعط لم يأخذ.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك كله ما إذا كان عطاء الأجنبي عن الضامن حيث يعد عطاء الضامن، فقد أعطى الضامن بسبب غيره، فله أن يأخذ من المضمون عنه، كما تأتي الإشارة إلى ذلك.

ومن الواضح أن الإجماع والنص ليسا في مثل هذا المورد، فلا يشمله الإجماع، والنص لا ينسحب إليه بالمناط، وسيأتي مسألة ما لو أدى الدين مؤد من باب الزكاة أو الخمس مثلا.

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاةً أو صدقةً، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه، ولا يكون ذلك في حكم الإبراء

(مسألة ١٤): {لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاةً أو صدقةً، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه} لأن الاحتساب للضامن حاله حال دفع الضامن، وأي فرق بين أن يدفع المضمون له خمسه وزكاته وصدقته للضامن ثم يدفعها الضامن إليه من باب دينه الضماني، وبين أن يحتسبها عليه فلا يأخذ منه.

{و} عليه فـــ {لا يكون ذلك في حكم الإبراء} أو المصالحة مما لم يدفع الضامن شيئاً، فليس له الأخذ من المضمون عنه، بل ذلك مثل احتسابه عليه من باب الإرث الذي لأب الضامن عند المضمون له، فيأخذه المضمون له من باب طلبه من الضامن.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر، حيث قال: لعله كذلك، غير جازم بالحكم، وأشكل عليه في المستمسك بأنه لا يخلو من إشكال، إذ لا غرم من الضامن ليكون على المضمون عنه، فإن الغرم فيه على مستحق الزكاة مثلاً، لا على الشخص المذكور.

إذ فيه: إن الغرم محتمله الضامن، فإنه لولا دينه أعطاه الزكاة.

وبعد ما ذكرناه من الدليل لكلام الماتن، لا حاجة إلى ما ذكره المستمسك بقوله: اللهم إلا أن نقول: إن القاعدة تقتضي اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان بأمره، ولم يثبت في المقام ما يقتضي الخروج عنها، وإلحاقه بمورد النص غير ظاهر، إلى

وكذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبة، وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أو لا، وجهان

آخر كلامه، إذ ليس الكلام في اشتغال الذمة، وإنما الكلام في أن الاحتساب هل هو كالإبراء فلا يكون للضامن الرجوع، أو كالأداء فله الرجوع.

{و} مما تقدم يعلم وجه قوله: و{كذا} يكون في حكم الأداء، لا الإبراء {لو أخذه} المضمون عنه {منه} من الضامن، وفاءً {ثم رده عليه هبة} كما قربه التذكرة وغيره وتبعه الجواهر، لأن أخذ المضمون له أوجب حق الضامن في الأخذ من المضمون عنه.

أما الهبة بعد ذلك فليس له دخل بالإبراء حتى يسقط عن المضمون عنه، فإنها كرده إلى الضامن جعالةً أو صدقةً أو زكاةً أو خسماً أو مظالمَ أو ما أشبه، ومثلها إذا ورثه الضامن.

{وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالإبراء أو لا، وجهان}:

الأول: إن له الرجوع، لأنه كما إذا وهبه خارجاً بقدره ثم أخذه منه وفاءً لدينه فقد غرم الضامن، إذ لو أعطاه الهبة ثم أخذها منه كان غرماً عنه، وكذلك هنا، ولذا جعله غير واحد من المعلقين أقرب.

والثاني: أن لا حق له في الرجوع، لأنها كالإبراء، لأن البراءة لم تكن بمال الضامن.

والأول هو مقتضى القاعدة، لما عرفت في وجه الأول.

وجماعة من المعلقين كالسيدين ابن العم والبروجردي سكتوا على المتن مظهرين ترددهم في المسألة كالمصنف.

ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه.

{ولو مات المضمون له فورثه الضامن، لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه} لا ينبغي الإشكال في ذلك، لأن الإرث مال للضامن تلف بسبب الضمان فلا وجه لعدم رجوعه إلى المضمون عنه.

ومنه يعلم أنه ما كان ينبغي له تردده في الهبة وجزمه هنا، لأن كليهما مال للضامن حصله هبة أو إرثاً، فاللازم الجزم بالحق في الرجوع في الهبة أيضاً.

كما أنه لا ينبغي للمستمسك جعل الإرث مبنياً على المبنيين الذين ذكرهما، فراجع كلامه.

(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين، أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى.

(مسألة ١٥): {لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوى أقل من الدين}، بأن باع المضمون له الضامن بأقل، أو صالحه كذلك، مثلاً كان يطلب الدائن فرساً من المضمون عنه يسوى بمائة، فلما ضمنه الضامن باع المضمون له الضامن الفرس بخمسين.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: الظاهر أن أصل العبارة (لو باع أو صالح) وفاعله ضمير الضامن كما يظهر بالتأمل، انتهى، غير ظاهر.

{أو وفاه الضامن بما يسوى أقل منه} مثل أن كان يطلب منه مناً من الحنطة الجيدة فوفاه بمنّ من الحنطة الرديئة، حيث كانت قيمة الرديئة أقل من قيمة الجيدة، وقبل بذلك المضمون له.

{فقد صرح بعضهم} الشرائع والقواعد والتذكرة والمسالك وغيرهم، كما حكي عن بعضهم، {بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يسوى}.

واستدلوا عليه بموثقتي عمر بن يزيد وعبد الله بن بكير المتقدمتين، بتقريب أنه لم يعط إلا هذا، فلا حق له في أن يأخذ إلا ما أعطى.

قال في محكي التذكرة: لو صالح عن ألف على عبد يساوي ستمائة لم يرجع إلا بستمائة، انتهى.

وما ذكروه هو مقتضى القاعدة والخبر، كما تقدم عند جعل المصنف

وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة، وكون القدر المسلم غير هذه الصور، وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه، لا ما إذا صالحه بما يساوي أقل منه

مقتضى القاعدة على خلاف الخبر، وهذا هو الذي اختاره أغلب المعلقين ومنهم السادة البروجردي وابن العم والجمال.

وقال في المستمسك: ظهور الخبر فيما يشمل هذا الفرض الذي ذكروه لا يقبل الإنكار، وقد نفى الخلاف عن أنه لا يجب على المضمون عنه أن يدفع إلى الضامن أزيد مما دفعه إلى المضمون له، انتهى.

ومنه يعلم أن قول المصنف: {وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة} غير ظاهر الوجه، وقد تقدم أن الحكم على وفق القاعدة، لأن الأداء لا يكون إلا بمقدار الأداء.

{و} عليه فادعاء {كون القدر المسلّم غير هذه الصور} ممنوع {وظاهر خبر الصلح} كما يشمل {الرضا من الدين بأقل منه} كذلك {لا} غبار في شموله {ما إذا صالحه بما يسوى أقل منه} ولذا تقدم من المستمسك: أن شموله لا يقبل الإنكار.

ولو باعه ما يساوي الدين، ثم أخذ منه أقل، فهل يأخذ من المضمون عنه كاملاً أو بمقدار ما أعطى المضمون له، احتمل الأمرين في محكي التذكرة، والمسالك مال إلى رجوعه عليه بما يساوي الدين، وفي المستمسك نقل القولين بلا ترجيح، والظاهر أقربية ما ذكره المسالك، لأنه ليس إبراءً عن الدين، بل إعطاء من المضمون له للضامن في معاملة مستقلة.

وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.

ولو مات الضامن فعمل وارثه مع المضمون له الأعمال السابقة من هبة وإبراء وما أشبه، أو مات المضمون له فعمل الضامن مع ورثة المضمون له الأعمال السابقة، كان الحكم كالسابق في جميع الفروع، لأن العلة في المقامين لتلك الأحكام واحدة.

{وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يسوى أزيد، فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة} على المشهور، بل لم نجد خلافاً فيه لا بين من ذكره ولا بين المعلقين، فإن كلهم سكتوا على الماتن، وذلك لوضوح أن الضامن متبرع بالزيادة بدون أمر المضمون عنه، فلا وجه لأخذها من المضمون عنه بعد أن يشمل الضمان الزائد.

نعم تأتي هنا المسألة الاقتصادية التي ألمعنا إليها في (الفقه: الاقتصاد) من أن قيمة النقد لو تنزلت بما اضطر الضامن إعطاء الزيادة، كان مقتضى الاقتصاد السليم إعطاء الزائد، فله الرجوع بها على المضمون عنه، مثلاً ضمن مائة فيما كانت المائة تسوى داراً، وعند الأداء ارتفعت الأسعار بالضعف مما اضطر إلى إعطائه مائتين، لأن المعاملات العقلائية على المبادلات بين الأشياء والنقد واسطة فقط، فإنه يحق له أخذ المائتين، ويكون العكس فيما إذا تنزلت الأسعار حتى صارت القيم على النصف، حيث يعطيه خمسين ويأخذ منه خمسين فقط، لكن المسألة في مواردها المختلفة السيالة تحتاج إلى مزيد من التأمل.

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال، ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف إلا بالتعدي أو التفريط، وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن

(مسألة ١٦): {إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن} أو أقل منه أو أكثر، لأن الأحكام الآتية لا تختلف من هذه الجهة، وإن اختلفت في لزوم إعطاء الناقص واستيفاء الزائد، وذلك خارج عن محل الكلام.

{فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال} في أنه يشمله دليل الأمانة بأحكامها، مثل أن تلفها بدون تعد أو تفريط من كيس الودعي لا الأمين، إلى غير ذلك من الأحكام.

{ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف إلا بالتعدي أو التفريط} ولو نمى كان نماؤه للمالك، إلى غير ذلك.

{وإن كان بعنوان وفاء ما عليه، فإن قلنا باشتغال ذمنه حين الضمان} لأنه في قبال اشتغال ذمة الضامن بما في ذمة المضمون عنه، {وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن} لأن الأداء في قبال الأداء، كما في البيع، حيث إن الملك في قبال الملك والأداء في قبال الأداء، كما تقدم اختياره وقلنا أنه مقتضى القاعدة.

أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف، فهو صحيح ويحتسب وفاءً، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني، وإن قلنا إنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء من حينه كما هو ظاهر المشهور، فيشكل صحته وفاءً، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد

{أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف} وهذا غير تام، إذ لا يدل عليه نص، ولا أنه مقتضى القاعدة {فهو صحيح ويحتسب وفاءً} منتهى الأمر وفاء المضمون عنه قدم على وفاء الضامن، كما إذا وفى أحد المتبايعين ما عليه قبل وفاء الآخر.

{لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني} الكشف الذي لم نقل به.

{وإن قلنا أنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء من حينه كما هو ظاهر المشهور} وان لم نقل به نحن تبعاً لظاهر الشرائع، ومن المعلقين السيد البروجردي، ولذا قال عند قول المصنف (فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان): وهو الأقوى.

{فيشكل صحته وفاءً لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد} كما ذكره التذكرة في محكي كلامه، فاللازم عليه رده، حيث إن مقتضى المقبوض بالعقد الفاسد ذلك، وهذا هو الذي يظهر من كافة المعلقين الذين سكتوا على المتن، خلافاً للسيد الجمال، حيث إنه تبع المسالك في جعله كالمقبوض بالسوم، قال: لو دفعه بدلاً عما ضمنه عنه فلا يبعد

وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به.

أن يكون كالمقبوض بالسوم، ويملكه الضامن بنفس الأداء بلا حاجة إلى إذن جديد، انتهى.

في قبال قول المصنف: {وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد، أو العلم ببقاء الرضا به}، والظاهر أنه ليس مراده إذناً جديداً إنشائياً، بل الأعم من ذلك ومن بقاء الإذن السابق، فلا يستشكل عليه بما قاله المستمسك من أنه لا حاجة إلى الإذن الجديد بل يكفي بقاء الإذن السابق.

أما توجيه المستمسك لكلام السيد الجمال بما ذكره، فغير ظاهر الوجه بعد تصريحه بأنه كالمقبوض بالسوم.

ثم إنه إذا دفع إليه قبل الأداء أمانة، ثم لم يدفع إليه بدل ما دفعه إلى المضمون عنه، كان من حقه أن يحتسب المدفوع أمانة تقاصاً، إن قلنا بصحة التقاص عن الأمانة، كما اخترناه في بعض مباحث الفقه.

ولو دفعه وفاءً، على تقدير عدم صحة الوفاء حين الدفع، ثم دفع الضامن مما استحق أخذه من المضمون عنه ولم يأذن له المضمون عنه في أخذه وفاءً بعد دفع الضامن، فإن دفع المضمون عنه غيره أرجعه الضامن إليه، وإلا جاز له أن يأخذ ما عنده تقاصاً، لإطلاق أدلة التقاص، بلا إشكال هنا.

ولو لم يدفع الضامن إلى المضمون له، جاز للمضمون له أخذه من مال الضامن تقاصاً.

ويأتي هنا المسألة التي تقدمت في بعض المباحث السابقة من احتياج التقاص إلى تعذر جبر الحاكم للآبي أو عدم احتياجه.

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عني إلى المضمون له ما عليّ من مال الضمان فدفع، برأت ذمتهما معاً، أما الضامن فلأنه قد أدى دينه، وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر، والأوجه أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء

(مسألة ١٧): {لو قال الضامن للمضمون عنه: ادفع عني إلى المضمون له ما عليّ من مال الضمان} كلاً أو بعضاً {فدفع برأت ذمتهما معاً} قاله الشرائع، وعلله المسالك قائلاً: أما الضامن فلوفاء دينه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه.

وإلى هذا أشار المصنف بقوله: {أما الضامن فلأنه قد أدى دينه} فإن دفع المضمون عنه بمنزلة دفعه، كما في سائر أمثال ذلك من الأوامر، مثل أن يقول: ادفع عني المتاع إلى البائع، أو بدل القرض إلى المقرض، أو ما أشبه ذلك.

{وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر} شيئاً فلا يرجع إلى المضمون عنه.

ثم إن المسالك قال: ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن لأنه المديون وقد أذن له في وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لأدائه فيتقاصان.

وجعل المصنف هذا الوجه هو الأوجه قائلاً: {والأوجه أن يقال: إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء} بعد أن أداه المضمون عنه إلى المضمون له.

والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له، حيث إنه أذن له في الضمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمة المضمون عنه حيث إن الضمان بإذنه، وقد وفى الضامن فيتهاتران أو يتقاصان، وإشكال صاحب الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور

{والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له، حيث إنه أذن له في الضمان فالأداء المفروض} أداء المضمون عنه عن الضامن {موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه} كون الأداء {بأمره} وقد سبق أن الأمر يوجب الاشتغال.

{ولاشتغال ذمة المضمون عنه، حيث إن الضمان بإذنه وقد وفى الضامن} لأنه أمر غيره بأداء المال، فأداء المضمون عنه يسبب الاشتغالين.

لكن لا يخفى أن أداء المضمون عنه عن الضامن وبأمر الضامن لا يسبب اشتغال ذمة المضمون عنه، لما تقدم أن اشتغال ذمة المضمون عنه إنما يكون بالضمان بأمره لا بالأداء.

{فيتهاتران} لتساوي دين كل على الآخر، وأدلة وجوب أداء الدين لا يشمل ما إذا كان على كل منهما مثل ما على الآخر.

{أو يتقاصان} كأن المصنف تبع في تسمية هذا بالتقاص المسالك، حيث جعل الباب من التقاص القهري، وإلا فليس البالب من التقاص، بل من التهاتر كما أشار إليه غير واحد من المعلقين.

{وإشكال صاحب الجواهر} على المسالك {في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور} حين قال للمضمون عنه: أد عني الدين، حيث قال الجواهر: إن في

في غير محله.

كلام المسالك أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه بإذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه، مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون، كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذ لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما، فتأمل.

{في غير محله} لأن الجواهر حصر الأمر في كون أداء المضمون عنه قرضاً على الضامن، أو كون الوفاء بالشيء المملوك للضامن، وحيث ليس أحد الأمرين، إذ ما يعطيه المضمون عنه للمضمون له ليس بقصد القرض على الضامن، كما أنه ليس بمملوك للضامن، فلا وجه لضمان الضامن لما أداه المضمون عنه بأمر الضامن.

مع أن وجه ضمان الضامن ليس أحد الأمرين، بل أمر ثالث وهو أن الضامن أمر المضمون عنه بالأداء، والأمر يوجب الضمان، كما لو قال للخباز: أعط خبزاً للفقير على ما تقدم.

وعليه فالضامن مدين للمضمون عنه بالأمر بالأداء، والمضمون عنه مدين للضامن حيث أمر الضامن بالضمان، وحيث يتساوى الدينان كان ذلك يقتضي التهاتر.

كما أنه يرد على قول الجواهر (كما أنه لا يستحق رجوعاً) إلخ، أن أداء المضمون عنه لما كان بأمر الضامن فقد حصل الأداء من الضامن، وبأداء الضامن يستحق الرجوع إلى المضمون عنه.

(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معاً، كما لو دفعه أجنبي عنه.

(مسألة ١٨): {إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له} الدين {من غير إذن الضامن} وأمره {برئا معاً} أما براءة الضامن فلأنه لم يبق موضع لدينه الذي ضمنه، وأما براءة المضمون عنه فلأن الضامن لم يؤد شيئاً، حيث يرجع به إلى المضمون عنه، وقد تقدم أن الضامن إنما يرجع إلى المضمون بقدر ما يؤديه.

ويكون الحال: {كما لو دفعه أجنبي عنه} أي عن الضامن، في براءتهما معاً، ولا فرق في الحكم بين قصد رجوع المضمون عنه إلى الضامن وعدم قصده، وقد ذكر هذا الفرع المحقق والعلامة وغيرهما، بل في الجواهر أنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

نعم إذا أداه المضمون عنه عن الضامن من باب الخمس أو الزكاة احتساباً على الضامن، كان للضامن الرجوع إلى المضمون عنه، على ما تقدم في المسألة الرابعة عشرة.

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى، ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن، بل وكذا لو ضمن بالإذن يضمن عنه ضامن بإذنه فإنه بالأداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الأول.

(مسألة ١٩): {إذا ضمن} الضامن دين المضمون عنه {تبرعاً} بدون إذنه وأمره {فضمن عنه ضامن} ثان {بإذنه} إذن الضامن الأول {وأدى} الضامن الثاني الدين {ليس له} أي للضامن الثاني {الرجوع على المضمون عنه} أي المديون الأصلي، وإنما ليس له الرجوع عليه لأن الضامن الثاني لم يضمن عن المديون، بل ضمن عن الضامن الأول، فلا موجب لرجوع الضامن الثاني إلى المديون.

{بل} يرجع الضامن الثاني {على الضامن} الأول، لأن الأول أمر الثاني بالضمان عن الأول، ولا حق للضامن الأول بعد الأداء أن يرجع إلى المديون، لأنه تبرع بالضمان، وقد سبق أن التبرع بالضمان لا يوجب اشتغال ذمة المضمون عنه.

{بل وكذا} لا حق للضامن الثاني أن يرجع إلى المديون {لو ضمن} الضامن الأول عن المضمون عنه {بالإذن} والأمر من المضمون {يضمن عنه ضامن بإذنه فإنه بالأداء} بأداء الثاني {يرجع إلى الضامن الأول} لأنه طرفه.

{ويرجع هو} الضامن الأول {على المضمون عنه الأول} أي المديون.

وقد تبين بذلك أحكام الصور الأربع، من كون كلا الضمانين بالأمر، أو عدم الأمر فيهما، أو كون الأمر في أحدهما دون الآخر.

(مسألة ٢٠): {يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له} فقد يضمن الأقل من الابتداء، وهذا ضمان بعض الدين، وقد يتصالح معه بالأقل بعد أن ضمن الكل، وهذا ما تقدم الكلام فيه، وقد يضمن بالأقل، وهذا قد يكون بإسقاط الزائد عن المديون، وقد يكون بإسقاط الزائد عن الضامن، وقد يكون بالمبادلة بين الزائد والناقص من قبيل اشتراء ما يسوى بألف بتسعمائة، فإذا أسقط الزائد عن المديون كان الضمان بقدر الدين، وإذا أسقط الزائد عن الضامن كان كما تقدم من أنه لا حق له في الرجوع إلى المضمون عنه إلا بمقدار ما أعطى، وإذا بدل لم يكن من الضمان المصطلح، لأنه نقل ما في الذمة، وإنما يكون عقداً جديداً لا بأس به لشمول ﴿أوفوا بالعقود﴾ له.

قال في المستمسك، بعد إشكاله في كونه ضماناً مصطلحاً: اللهم إلا أن يكون المراد من الضمان في المقام مفهوماً آخر، وهو إثبات بدل ما في الذمة في ذمة أخرى أقل منه أو أكثر، ولا بأس بالبناء على صحته عملاً بعمومات الصحة، ولا يكون من الضمان الاصطلاحي، ولا تجري عليه أحكامه إلا ما يقتضيه العمومات.

{وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه} إما على سبيل الشرط، أو على سبيل المبادلة، على ما تقدم في الأقل منه.

ومنه يعلم أن إشكال السيدين ابن العم والبروجردي في الأكثر محل إشكال.

وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه، مع إذنه في الضمان، إلا بذلك الأقل، كما أن في الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين، إلا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.

{وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه، مع إذنه في الضمان} إذ بدون إذنه لا رجوع أصلاً {إلا بذلك الأقل} على ما تقدم من أن الزائد حيث لم يؤده لم يرجع إلا بما أدى.

نعم إذا كان على سبيل المبادلة مما ليس ضماناً اصطلاحياً، وبدل الدين بالأقل مع اشتراط أن يعطيه المضمون عنه كاملاً صح، لقاعدة العقد وقاعدة الشرط.

{كما أنه في الثانية} وهي الضمان بأكثر منه {لا يرجع} الضامن {عليه} على المضمون عنه {إلا بمقدار الدين} لأن الضامن لا يرجع إلى المضمون عنه إلا بمقدار دينه، حيث إنه الذي انتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن.

نعم إن كان الشرط على المضمون عنه ضمانه إعطاء الضامن الزائد، كان للضامن ذلك من باب الشرط، كما تقدم مثله في صورة الضمان بالأقل.

وإليه أشار بقوله: {إلا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة} حيث إن الأمر والإذن أوجب استحقاقه لما أعطاه زائداً.

ومنه يعلم حال ما إذا أعطى للمضمون له المساوي وطلب من المضمون

عنه الزائد على ذلك بالشرط، أو أعطاه أقل وطلب المساوي أو الأكثر، كما يظهر حال بقية الأقسام الحاصلة من ضرب إعطاء الأقل أو المساوي أو الأكثر في تطلب الأقل أو المساوي أو الأكثر مما هي تسع حالات.

(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين، كما يجوز الوفاء بغير الجنس، وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلاّ بالجنس الذي عليه إلا برضاه.

(مسألة ٢١): {يجوز الضمان بغير جنس الدين} كأن يضمن الفرس بالشاة، أو الدينار بالدرهم، أو العروض بالنقد وهكذا، ويصح هذا من باب المبادلة كما يصح من باب اشتراط الأداء من غير الجنس، ففي الأول يدخل البدل في ذمة الضامن، وفي الثاني يدخل الأصل، ولكن الشرط تبديله عند الأداء، وهذا القسم يصح إما من باب عقد جديد، أو من باب قاعدة الشرط، نظير اشتراط الأداء من مال معين، كما سيأتي.

{كما يجوز الوفاء بغير الجنس} بالتراضي، كما أن كل مدين له الوفاء بغير الجنس مع رضى الدائن، فإنه نوع مبادلة ومراضاة، ولذا قال المستمسك: بلا إشكال، وسكت عليه من وجدته من المعلقين.

{وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذي عليه} لأنه إنما أمر بذلك فلا وجه لاشتغال ذمته بما أدى، واستدلال المستمسك عليه بقوله (عليه السلام): «ليس له إلا الذي صالح عليه» محل نظر، لأن الإطلاق ليس في هذا السبيل، بل المنصرف جهة الكمية لا الكيفية، وإلا لزم أن يأخذ منه فرساً في قبال ضمانه الحمار إذا أعطاه الفرس بدل الحمار، وذلك خلاف القاعدة.

{إلا برضاه} بعد الإعطاء، أو بشرطه عليه بأخذه منه ما أعطاه عند أمره بالضمان عنه، فيصح من باب الشرط.

(مسألة ٢٢): {يجوز الضمان بشرط} ما على الضامن، أو المضمون عنه، أو المضمون له، والشرط على الضامن أو المضمون له يصح، لأنه في ضمن عقد الضمان، فيشمله دليل الشرط، أما الشرط على المضمون عنه أو له فإنما يصح في غير الضمان التبرعي.

أما الصحة في غير التبرعي فلأنه حيث أمر كان له الشرط، كما كان عليه الشرط إذا قبل الضامن بشرط على المضمون عنه، فإن دليل الشرط يشمله، وليس وعداً من أحدهما على الآخر، كما تقدم نحو هذا البحث في بعض المسائل السابقة.

وأما عدم صحة الشرط له أو عليه في الضمان التبرعي فواضح، لأنه ليس هناك عقد ولا أمر فلا مجال للشرط، كما إذا تبرع الضامن بشرط أن يخيط المضمون عنه ثوب الضامن مثلاً.

ومما تقدم يعرف أنه يصح الضمان بشرط {الرهانة} بنحو شرط الفعل، فيقول المضمون له للضامن: لا أقبل ضمانك إلا أن ترهن عندي رهناً، لأني لا أثق بضمانك، فإذا تخلفت عن الأداء كانت العين المرهونة وثيقة عندي لأجل أخذ حقي منها، {فيرهن بعد الضمان} من غير فرق بين أن يكون الشرط رهناً خاصاً كهذه الدار، أو مطلق ذات قيمة تساوي الدين مثلاً، إلى غير ذلك من الكلي في الذمة، أو في المعين، أو الكسر المشاع، أو الفرد المردد، لإطلاق أدلة

الشرط بعد عدم محذور في أي من ذلك.

{بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان} لأنه أمر عقلائي لم يردع عنه الشارع، فيشمله دليل الشرط، بخلاف مثل النكاح والطلاق فلا يصح أن يجعل زوجية بنت الطرف للشارط، أو طلاق زوجته عن حبالته بالشرط، لأن الشارع جعل للنكاح والطلاق سبباً خاصاً، فاحتمال أن الاستدلال بدليل الشرط لصحة هذا الشرط معناه كون الشرط مشرعاً وهو غير تام، خصوصاً وقد ورد في الشريعة شرط النتيجة في شرط الضمان في الإجارة والعارية وشرط الأجل في النسيئة والسلف وغير ذلك.

وحيث إن المصنف لم يكن بصدد ذكر خصوصيات الرهن في المقام، لم يذكر لزوم القبض في شرط النتيجة، كما لم يذكره في شرط الفعل، وإلا فلا بد من القبض في الموردين، بناءً على اشتراطه في الرهن، كما أشار إلى ذلك جملة من المعلقين.

نعم في حاشية السيد الجمال في اشتراط صحة الرهن حين شرط النتيجة بالقبض وعدمه وجهان.

ثم إذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلم يرهن، أجبر على ذلك بسبب الحاكم، فإذا لم يمكن، فالظاهر أن له أن يأخذه رهناً بنفسه، فإذا لم يمكن حق له الفسخ، أما الأولان فلأن الشرط يقتضي الوضع، كما حقق في محله.

وأما الأخير فلخيار تخلف الشرط، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة مسألة هل أن له الخيار في عرض إجبار الحاكم أو طوله، إلى آخر ما ذكرناه هناك فراجع.

أما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، فإنه يدخل في رهانه بمجرد العقد، لكن على المشروط عليه أن يقبضه إياه، فإذا لم يقبضه أجبر عليه.

ولا فرق بين أن يكون شرط المضمون له على الضامن أو المضمون عنه أو ثالث، كأن يقول: إني أقبل ضمانك بشرط أن يرهن ابنك عندي داره، فإذا رهن فهو، وإلا كان له الخيار، ولم يكن له الإجبار، إذ العقد لم يكن مع الولد حتى يكون ملزماً بالشرط، بل وإن وعد الولد بأنه إذا قبل الضمان رهنه الدار، إذ وعده فيه غير ملزم، بل هو مثل سائر المواعيد الابتدائية.

بل الحكم كذلك حتى فيما إذا لم يمكن من فسخ العقد، كما إذا قال: إني أزوجك بنتي بشرط أن يقوم ولدك ببناء داري، وقبل الولد الشرط، فلما زوجه بنته لم يفعل الولد ما وعد، فإنه ليس له حق الفسخ، إذ النكاح لا يفسخ بالشرط، كما قرر في محله.

وكذا في الإيقاع مثل الطلاق، كما لو قال: إني أطلقك بشرط أن يزوجني أبوك أخته، وقبل الأب الشرط، فلما طلقها أبى ولم يزوجه إياها، فإن الطلاق لا يفسخ بالشرط.

ثم إنه يصح شرط الرهن فعلاً ونتيجةً، من كل من الضامن للمضمون له

وبالعكس، لإطلاق دليل الشرط.

وحيث إن مسائل شرط الفعل وشرط النتيجة ومسائل الرهن مذكورة في أماكن خاص بها تركنا الإسهاب فيهما هنا، استدلالاً وفروعاً، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن، فهل ينفك بالضمان أو لا، يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لأنه بمنزلة الوفاء، لكنه لا يخلو عن إشكال، هذا مع الإطلاق

(مسألة ٢٣): {إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن، فهل ينفك بالضمان أو لا} احتمالان، {يظهر من المسالك والجواهر} وتبعهما جملة من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال وغيرهما {انفكاكه، لأنه بمنزلة الوفاء}، قال في الأول: لأن الضمان بمنزلة الأداء، وقال في الثاني: لأن الضمان أداء، لكن الظاهر أن مرادهما وغيرهما ما إذا لم يكن الرهن مطلقاً، كما إذا قال: ما دام الدين باقياً في الجملة عليك أو على غيرك كان هذا رهناً، وإلا فالظاهر بقاء الرهن، وإن انتهى دين المضمون عنه، فإن إطلاق دليل الشرط يقتضي بقاؤه حسب القرار الذي قرراه.

وكيف كان {لكنه} عند المصنف والساكتين عليه {لا يخلو عن إشكال} لما علله المستمسك بأنه لا أداء ولا وفاء، وإنما كانت فائدة الضمان اشتغال ذمة الضامن به وفراغ ذمة المضمون عنه، فالدين انتقل من ذمة إلى أخرى من دون أداء، فإن كان الرهن على بقائه بقي على حاله لعدم الوفاء، وإن كان على إفراغ ذمة المديون بطل لفراغ ذمته بالضمان، انتهى.

{هذا} الذي ذكرناه من احتمال الانفكاك وعدمه {مع الإطلاق} للرهن، بأن لم يعين الانفكاك وعدمه بالضمان.

وأما مع اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتبع.

{وأما مع اشتراط البقاء} للرهن بعد الضمان {أو عدمه} بأن يشترط عدم بقاء الرهن بعد الضمان {فهو المتبع} عملاً بعموم «المؤمنون عند شروطهم»[1].

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور ح٤، والاستبصار: ج٣ ص٢٣٢ ح٤.

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مال معين على وجه التقييد، أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام

(مسألة ٢٤): {يجوز اشتراط الضمان} على المشهور، وفي الجواهر لا خلاف أجد في صحته، وفي المستمسك يظهر منهم التسالم على ذلك {في مال معين} فيكون الأداء منه، كما عن المحقق والعلامة وغيرهما.

لكن في مفتاح الكرامة في مسألة ما لو حجر على الضامن فيما لو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه قال: هذا الفرع من منفردات هذا الكتاب، وهو مبني على صحة الضمان في مال بعينه، وهو من منفردات المصنف أيضاً، انتهى.

وعلى هذا فلم أجد وجهاً لقول السيد الجمال اشتراط ذلك، وإن ادعى عدم الخلاف في جوازه، لكنه لا يخلو عن الإشكال، خصوصاً إذا كان على وجه التقييد.

وكيف كان، فالظاهر صحة مثل هذا الأخذ {على وجه التقييد، أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في الالتزام} وذلك لإطلاق ما دل على أن (العقود تتبع القصود)، ولإطلاق دليل الشرط، لكن في تعليقة السيد البروجردي: لم يظهر لي معنى معقول لتقييد ما في الذمة بالمال الموجود في الخارج، وجماعة من المعلقين قالوا بصحة ذلك شرطاً لا قيداً، كما أن مفتاح الكرامة حمل كلام القواعد على ذلك، وبعض آخر أشكل في التقييد إلا إذا كان كلياً في المعين، لأن الكلي في المعين لا يخرج عن الكلية والذمة فيكون

وحينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال بمعنى صرفه فيه

ضمانه في دائرة المعين، فمع تلف الكل يبطل الضمان، ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ويتعين للأداء، ومع بقاء ما ينقص منه يبطل بالنسبة.

أقول: الذمة المشغولة قد تكون مشغولة بنحو مطلق وهو الكلي، وقد تكون مشغولة بنحو مقيد بالخارج، بحيث إذا ذهب الخارج ذهب الاشتغال، وهو الكلي المقيد، وقد تكون مشغولة بنحو مشروط بالخارج، بحيث إذا ذهب الخارج كان للشارط إبقاء الاشتغال أو رفضه، لأنه من باب الالتزام في الالتزام، لا من باب الالتزام الواحد بنحو المقيد والقيد، ولا بنحو الالتزام البسيط وهو الكلي المشروط.

ومنه يظهر أنه لا إشكال في كل الأقسام الثلاثة، خلافاً لمن قال بأنه إذا كان الضمان بمعنى نقل الذمة فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود في الخارج، شرطاً أو قيداً، أو أشكل على القيد دون الشرط فصحح الشرط فقط.

إذ يرد عليهما أن كلا القسمين ــ مثل الكلي المطلق ــ معقول، فيشملهما إطلاق ما دل على أن العقود تتبع القصود في المقيد، وإطلاق دليل الشرط في المشروط، وكأنه لذا سكت السيد ابن العم وآخرون على المتن.

{وحينئذ} حين كان الضمان مقيداً أو مشروطاً بالوفاء من مال معين {يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال} المعين عملاً بالقيد والشرط {بمعنى صرفه فيه} وإنما قال ذلك، لأن الوفاء من ذلك المال معناه يشمل ما إذا بدل المال بغيره أيضاً.

مثلاً يقال: أوف دينك من هذا البستان، فإنه يشمل ما إذا باع تمر البستان وأعطى دينه من ذلك التمر، والحال المراد هنا الوفاء من عين المعين، لا من الأعم من العين وبدلها، والظاهر أنه يصح كلا القسمين، فقد يكون المراد من الضمان من مال معين الوفاء من عينه.

وقد يكون المراد الوفاء سواء من عينه أو بدله، وكلاهما صحيح لما عرفت، فإن مساق الدليل فيهما واحد، كما أنه قد يكون من قبيل الكلى في الخارج، وقد يكون من قبيل الكسر المشاع، كما أنه يصح جعله من المعين أو من أحد المالين، لوحدة الدليل في الجميع.

{وعلى الأول} الذي هو على وجه التقييد {إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان}، وإذا تلف بعضه بطل بقدر ذلك التالف، وذلك لفوات القيد الموجب لفوات المقيد، وهذا هو المحكي عن التذكرة والشهيدين، وإن أشكل عليه المستمسك بأن فوات القيد لا يوجب بطلان العقد، وإنما يوجب الخيار المسمى بخيار تخلف الوصف، كما إذا قال: بعتك هذا العبد الكاتب، فتبين أنه غير كاتب، ثم نظر ذلك بما إذا فات الشرط أو تبعضت الصفقة أو ما أشبه، حيث يكون الخيار لا البطلان.

وفيه: إن العقود تتبع القصود، فإن كان العقد واقعاً على المقيد لا بنحو الالتزام في التزام لم يكن وجه للصحة، كما أن تبعض الصفقة إنما يصح ويكون له الخيار إذا كان العقد من قبيل تعدد العقود بلفظ واحد، لا ما إذا كان من قبيل الأمر الواحداني البسيط، فإن مقتضى القاعدة عدم الصحة حينئذ، لأنه إذا اختارا

البقاء كان من قبيل ما إذا باعه لبناً فظهر سمناً حيث يختاران البقاء، فإنه لم يكن مستنداً إلى العقد، بل تراض جديد من باب المعاطاة مثلاً، إذ لا يحقق ذلك (عقودكم) حتى يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾.

{و} إذا بطل الضمان {يرجع المضمون له على المضمون عنه} لأن الذي أفرغ ذمة المضمون عنه كان هو الضمان، فإذا بطل رجع الأمر كما كان.

لا يقال: إن الذمة إذا فرغت لم يكن وجه لاشتغالها.

لأنه يقال: الوجه هو أن الفراغ لم يكن مطلقاً بل مقيداً، وحيث ذهب القيد رجع الاشتغال، وهذا أمر عقلائي قرره الشارع كما يستفاد من الإطلاق.

{كما أنه إذا نقص} الشيء الذي كان متعلق الضمان نقصاً أوجب عدم إمكان الأداء، كما إذا كانت ذمة الضامن مشغولة بمنّ حنطة في ضمن عشرة أمنان خارجية من باب الكلي في المعين، فتلف منها تسعة أمنان ونصف، {يبقى الناقص} وهو نصف المنّ في المثال {في عهدته} أي عهدة المضمون عنه، لأن الذي تعلق به ذمة الضامن نصف المنّ فقط، حيث كان ضمانه في المعين، والمعين لم يبق منه إلا نصف منّ، ومثله ما إذا ضمن مائة منّ مقيداً بكونه من الصبرة الخارجية بزعم أنه ألف منّ، فظهرت الصبرة تسعين مناً، فإنه إنما يضمن الضامن حينئذ قدر تسعين منّ.

أما العشرة الأخر فلا تتعلق بذمة الضامن من أول الأمر، إذ لا خارجية لها،

وكذا إذا ظهرت العشرة الموجودة في مائة منّ خارجية مستحقة لغير الضامن، حيث ليس للضامن تلك العشرة، ومثله ما إذا ظهر حجر الحاكم للضامن في كل أمواله، حيث لا شيء له مطلقاً حتى يضمن ضماناً متعلقاً به، أو في بعض أمواله كالنصف من كل شيء شيء له، حيث تكون صبرته التي هي مائة منّ مثلاً غير ممكن التصرف في كلها بل في نصفها، فيبطل نصف الضمان، بناءً على الأقرب من صحة الحجر بالنسبة إلى بعض أموال المفلس مثلاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومن هذا يظهر حال ما إذا ضمن الضامن ضماناً مقيداً بالخارج على نحو الكسر المشاع، لا الكلي في المعين، حيث إنه إذا كانت له صبرة ذات مائة منّ ضمن دين المضمون عنه، حيث كان خمسين مناً، فإذا تلف من الصبرة عشرة أمنان بطل الضمان في خمسة أمنان من الخمسين، ويرجع المضمون له إلى المضمون عنه في خمسة أمنان، وإنما يرجع إلى الضامن في خمسة وأربعين فقط، إذ في الكسر المشاع يذهب من الطرفين بالنسبة، بينما في الكلي في المعين لا يذهب من غير مالك الكلي ما دام بمقدار الكلى في الشيء الخارجي، كما ذكروا في مسألة من اشترى طناً من أطنان القصب فاحترق بعض تلك الأطنان.

ثم إنه إذا كان الضمان المقيد بالخارج على نحو الكلي في المعين مثلاً، وغصب الخارجي شخص، فالظاهر عدم بطلان الضمان إن أمكن الاستدراك

وعلى الثاني: لا يبطل، بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما

منه، لأن الشيء الممكن الاستدراك ليس تالفاً حتى يبطل الضمان، فإذا استدرك منه الضمان أخذه المضمون له من الضامن.

وبذلك يعرف حال ما إذا كان الضمان على نحو المشاع، وما إذا لم يتمكن من الاستدراك، وما إذا كان الشيء قيمياً لا مثلياً وأعطى الغاصب قيمته، حيث إن القيمة لم تكن متعلق الضمان، بخلاف ما إذا كانت، كما إذا قال الضامن للمضمون له: إني أضمن لك مقيداً بهذا الشيء الخارجي، سواء من عينه أو من قيمته.

{وعلى الثاني} بأن كان اشتراط الضمان في مال معين على نحو الشرط لا على نحو القيد {لا يبطل} الضمان بتلف ذلك المال الخارجي، {بل يوجب الخيار لمن له الشرط، من الضامن أو المضمون له أو هما} إذ قد يجعل الشرط بالالتزام من المال الخارجي هذا، وقد يجعله ذاك، وقد يجعله كلا منهما.

وقد أشكل على كون من له الشرط الضامن السيدان ابن العم والبروجردي، فقال أولهما: لا وجه لخيار الضامن في فرض المسألة وهو تلف ذلك المال.

وقال ثانيهما: الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له، إذ مرجعه حينئذ إلى التزام المضمون له قبوله إن أداه الضامن إليه، فلا تخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن، انتهى.

وفيه: إن مرجع الشرط حق الضامن في فسخ الضمان الذي كان ملتزماً

ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ، وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح.

به لولا الفسخ، ووجود فائدة أخرى للشرط لا يستلزم منه أنه لا خيار للضامن، إلا مع استنكاف المضمون له من الأخذ، ولذا سكت على الماتن غالب المعلقين.

{ومع النقصان} بأن لم يتلف المال الخارجي كلاً، بل تلف بعضه، أما في الكلي في المعين فذلك بأن تلف ما لا يبقى منه بقدر المال المضمون، وأما في المشاع فذلك بأن تلف منه أي جزء، إذ المشاع يتلف منهما كما تقدم، {يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ} إذ الشارط قد رفع اليد عن شرطه فيبقى الضمان.

{وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن} فلا ذمة مشغولة بل {بأن يكون الدين في عهدة ذلك المال} فيكون المال كالمال المحجور لا يمكن التصرف فيه إلا في القدر الزائد عن قدر الضمان {فلا يصح} أي ضماناً معهوداً تقدم تقريبه في أول الكتاب.

أما عدم صحته بعنوان عقد جديد فلا وجه لعدم صحته، لإطلاق وعموم الأدلة مثل: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونحوه له، فأي مانع من أن يحصر الدين الذي كان في ذمة الشخص المضمون عنه في هذا المال الخارجي للضامن، فتفرغ ذمة المضمون عنه ولا تشتغل ذمة الضامن، وإنما يقع الدين في عهدة المال.

وكان على المصنف أن يذكر الصحة في هذه الصورة، كما تقدم منه وجه صحة صورة ضم ذمة إلى

ذمة بعنوان عقد جديد، وإن لم يصح بعنوان الضمان الخاص.

واحتمال صحة هذا القسم هو الظاهر من المسالك أيضاً، قال: فيما لو شرط أن يكون الضمان من مال معين، وهل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن أو كتعلق الدين بالجاني، وجهان:

مأخذهما: أن الضمان ناقل للدين إلى ذمة الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمة، وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة فيه، ولم تخرج الذمة عن العهدة، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها، وهذا هو وجه تعلق الرهن.

ومن أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، وإنما حصر الاستحقاق في المال المعين وجعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداءً من غير تعلق بالذمة.

وأقواهما الأول.

قال في المستمسك: ظاهر بعض عبارات المسالك الأخرى الصحة، وهو كذلك عملاً بعمومات الصحة.

وإن لم تكن من الضمان المصطلح الذي هو اشتغال الذمة فلا تجري عليه أحكامه.

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه، فإن قلنا أن الضامن هو المولى للانفهام العرفي، أو لقرائن خارجية يكون من اشتراط الضمان في مال معين، وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود، ويبطل إن كان على وجه التقييد، وإن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه.

وإن قلنا: إن الضامن هو المملوك، وأن مرجعه إلى رفع الحرج عنه بالنسبة إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شيء وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب عليه.

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب أو دفعة، فعلى الأول الضامن من رضي المضمون له بضمانه

(مسألة ٢٦): {إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد، فإما أن يكون على التعاقب} كما إذا ضمنه زيد ثم ضمنه عمرو {أو دفعة} كما إذا ضمناه في آن واحد، ومثله ما إذا ضمنه وكيلهما، كما إذا قال الوكيل: ضمنته عنهما، إذ الوكالة في الضمان جائز، إذ الأصل قبول الوكالة في كل شيء إلا ما خرج بالدليل، كما ذكرناه في بعض مباحث الفقه.

{فعلى الأول} الذي كان الضامن على التعاقب {الضامن من رضي المضمون له بضمانه} منهما، لما قد تقدم من أن الضمان عقد واقع بين اثنين، فلا يصح بدون رضى المضمون له، وإن قلنا إنه إيقاع وليس بعقد كان اللازم رضى المضمون له أيضاً، وحينئذ فإن رضي بأحدهما صح وبطل الآخر، سواء كان السابق أو اللاحق، فهو كما إذا قال لنفرين: بعتك الكتاب، فقال أحدهما: اشتريت، حيث يبطل الآخر، أي لا ينعقد، سواء كان السابق أو اللاحق، ولو قال المضمون له: رضيت بالأول، ثم قال والثاني مثلاً، لم يصح الثاني لعدم الموضوع له، وعلله المستمسك بأنه أوجب فراغ ذمة المضمون عنه فلا معنى للضمان الثاني.

أقول: إن كان ذلك من قبيل ما لا يقبل التعدد عقلاً أو شرعاً، كما إذا قالت الاختان: زوجتك أنفسنا، فقبل إحداهما، حيث لا يصح أن يقبل الثانية، لأنه

ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق، ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً

جمع بين اللأختين، تم ما ذكره، وإلا فإن لم يكن مانع شرعاً ولا عقلاً، كما سيأتي وجهه فيما لو أطلق الرضا بهما، لم يكن فرق بين الرضى بهما دفعة أو تدريجاً، فلا وجه للقول بانتفاء الموضوع بالنسبة إلى رضاه بالثاني.

{ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق} في الضمان، وذلك لما علله في مفتاح الكرامة بأنه إذا رضي بضمان كل منهما فقد رضي بضمان الأول، فينتقل المال إليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقاً على المضمون عنه فيبطل، وهذا هو الذي رجحه غير واحد، لكن هل يقولون بمثله فيما قالت الأختان بتعاقب: أنحكتك أنفسنا، فقال الرجل: قبلتكما.

{ويحتمل قوياً كونه} في التعاقب {كما إذا ضمنا دفعةً، خصوصاً بناءً على اعتبار القبول من المضمون له} وأنه لا يكفي مجرد الرضا من المضمون له، فليس الضمان كالإيقاع وإنما هو عقد.

{فإن الأثر} أي تحقق الضمان، بناءً على كونه عقداً {حاصل بالقبول نقلاً}، إذ قبل القبول لا أثر، فإن الآثار في العقود لا تحصل إلاّ بعد تمام العقود بإيجابها وقبولها، كما حقق في محله.

{لا كشفاً} فليس القبول كاشفاً عن تحقق الأثر سابقاً حتى يقال: إن الضمان للمتقدم لا للمتأخر، لأن المتقدم لم يدع مجالاً للمتأخر.

وعلى الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر

والحاصل: إنه لو رضي بهما دفعة تكون نسبته إلى الإيجابين نسبة واحدة، فلا وجه لترجيح الضمان المتقدم، فلا وجه للقول بأن الضامن هو السابق، فيكون الحكم كما إذا اقترن الإيجابان على ما سيأتي في قولنا: (وعلى الثاني).

ثم إن قوله: (خصوصاً) في قبال ما إذا قلنا بأن رضى المضمون له يكفي، فإنه إذا رضي بهما كان الأثر للسابق، لما تقدم من علة مفتاح الكرامة، اللهم إلا أن يقال: إن (الرضا) كالقبول لا أثر للضمان بدونه، فإذا رضي بهما دفعة كانت نسبة الإيجابين واحدة، فيكون الحكم في تعاقب الإيجابين مثله في اقتران الإيجابين.

{وعلى الثاني} فيما كان الضمان من الاثنين دفعة {إن رضي} المضمون له {بأحدهما دون الآخر فهو الضامن} إذ لا شك في احتياج الضمان إلى قبول أو رضى، وكلاهما مفقودان بالنسبة إلى الآخر فلا وجه لضمان الآخر الذي لم يتعقبه قبول ولا رضى.

{وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه، كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر}.

قال الأول: وإن وقع الرضا دفعة احتمل بطلان الضمان، لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة إلى ذمم متعددة، والصحة فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع، والأقوى الأول.

وقال الثاني: الأصح البطلان.

وقال الثالث: لا يخفى على من أحاط خبراً بالمسألة قوة البطلان.

وقد اختار البطلان آخرون أيضاً.

وربما نظر ذلك بقبول نفرين لإيجاب واحد، سواء كان إيجاب نكاح أو إيجاب بيع أو غيرهما إذا قلنا بصحة مثل زوجت نفسي أحد كما، أو بعت الدار أحدكما، فإنه لا بأس به عرفاً، ولذا يمكن القول بصحته في مثل البيع، وإن لم يصح في مثل النكاح، لأن الركن الزوجان فهو مثل بعتك أما الفرس أو الحمار.

أو يقال: إنه لا محذور فيه وفي نظيره عرفاً، فإذا قبل أحدهما كونها زوجة له، أو قبل كون الفرس منتقلاً إلى ملكه صح عند العقلاء، وإن لم يصح شرعاً بالنسبة إلى النكاح لإجماع أو نحوه.

ويؤيده جعل القرعة حكماً في بعض أبواب النكاح والطلاق، مما يدل على الصحة في نفسه حتى شرعاً في الجملة، فإن ثبت إجماع في بطلان مثل الفرس والحمار فهو، وإلا لزم الصحة لصدق (عقودكم) في ﴿أوفوا بالعقود﴾ والمفروض أن الشارع لم يمنع منه.

{أو التقسيط بينهما بالنصف} إن كانا اثنين {أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا} كما حكي عن ابن الجنيد، واستدل له بأن الأمر دائر بين عدم الضمان، وبين ضمان كل واحد للكل، معاً أو بنحو الكلي، وبين الضمان بنسب مختلفة مثل أن يكون على أحدهما الربع، وعلى الآخر ثلاثة أرباع، وبين التقسيط،

أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبة من شاء، كما في تعاقب الأيدي، وجوه أقواها الأخير

لكن الثلاثة الأول باطلة فيبقى الرابع.

إذ يرد على الأول: إنه لا وجه له بعد وقوع العقد عرفاً، و لم يمنع عنه الشرع، فلا وجه للبطلان.

وعلى الثاني: أما شقه الأول فبأنه دين واحد فكيف يتحول إلى دينين، وأما شقه الثاني فبما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة.

وعلى الثالث: إنه لا وجه للضمان بنسب مختلفة، لأنه خلاف وحدة ضمانها والعقود تتبع القصود.

فلم يبق إلا التقسيط.

{أو ضمان كل منهما} من قبيل الواجب الكفائي والكلي في المعين {فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الأيدي، وجوه أقواها الأخير} كما عن ابن حمزة، وجعله عكس ضمان الواحد عن الجماعة، ويحكى عن ظاهر الفخر وصريح الشهيد الرضا بهذا، وهذا القول هو الأقرب.

وجواب الإشكال على الشق الثاني من الوجه الثاني، أنه لا مانع من اشتغال الذمم المتعددة بواجب واحد، كما في الواجبات الكفاية، فإن الذمم تشتغل بواجب واحد، إن قام أحدهم به سقط عن الجميع وإلاّ أثم الجميع.

ثم إن كان الواجب بسيطاً كصلاة الميت لم يمكن إلا قيام أحدهم، وإن كان غير بسيط كغسل الميت صح أن يأتي كل واحد بجزء منه، بخلاف الصلاة التي

لا يأتي بها إلا أحدهم، وحيث إن الملك من قبيل غير البسيط صح أن يقوم بأدائه أحدهم، كما صح أن يؤديه كلهم أو جملة منهم مقسطاً بالتساوي أو بالاختلاف.

وإن تعاسروا أجبرهم الحاكم بالنسبة المتساوية إذ لا أولوية لأحدهم على الآخر، فاذا كان الدين مائة وضمنه اثنان أجبر كل واحد على نصفه، ولو كانوا أربعة أجبر كل واحد على ربعه وهكذا.

بل يمكن أن يقال ذلك في مثل غسل الميت، فإذا كانوا ثلاثة لم يحق للحاكم الشرعي جبر أحدهم أو اثنين منهم، بل يجبر كل واحد على أحد الأغسال الثلاثة، إلى غير ذلك.

وكذلك الحال في واضعي اليد على مال إنسان بحيث كان لكل واحد منهم يد مستقلة، مثل ثلاثة اغتصبوا داراً كل مستول على كلها فتلفت، فإنه لا يحق للحاكم الشرعي أخذها من أحدهم أو اثنين منهم، بل من كل ثلثها.

نعم إن أعطى بدلها أحدهم برئ الجميع على إشكال في ذلك، إذا لم يقبل المالك إلا أخذ كل ثلث من أحدهم، مثله فيما إذا قتل ثلاثة إنساناً، فإن الولي إذا لم يقبل من أحدهم كل الدية، وإن أراد من كل واحد ثلثاً صح له ذلك، بل لو أعطاها أحدهم فقبلها كان ذلك خلاف الأصل، وإنما صح بالتراضي، وإن كان فرق بين القتل والغصب، حيث ليس كل جزء في القتل عليهم بخلاف الغصب حيث فرض استيلاء كل واحد على كل الدار، فيشمله «على اليد» فيمكن أن يقال: لا حق للمالك في إلزامهم بالتقسيط إذا أعطاه أحدهم، بينما للولي الحق في إلزامهم بالتقسيط في القتل.

وبما ذكرناه ظهر أنه لا وجه للقول بأن المقولات الاعتبارية كالمقولات الحقيقية، فكما لا يمكن وجود شيء خارجي في مكانين كذلك لا يمكن في الوجود الاعتباري، إذ بالاضافة إلى ما في الكلية المذكورة نقول: إن ثبتت القضية المذكورة في الجملة لا تثبت الكلية، فالوجود الحقيقي لا يعقل فيه ذلك، أما الوجود الاعتباري فليس كذلك، فإن الاعتبار بيد المعتبر وهو خفيف المؤنة.

وبذلك يظهر ضعف قول السيد الجمال: إن الوجه الأخير هو أضعف الوجوه مطلقاً، بل لا وجه له.

وقول السيد البروجردي: إن هذا مبني على ما يراه العامة، إذ عليه يمكن تعهدات كثيرة لما في ذمة واحدة مع بقائه على ما كان عليه، بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً، وأما على مذهب أصحابنا فالأقوى هو الأول، انتهى.

ولذا سكت عليه السيد ابن العم وجملة آخرون من المعلقين.

وقال المستمسك: فالتحقيق جواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد لمالك واحد، كجواز اشتغال ذمم متعددة بواجب واحد كما في الواجبات الكفائية، فإن اشتغال الذمم المتعددة بالواجب فيها حاصل، ولا فرق بينها وبين المقام إلا في أن المصحح للاشتغال فيها الوجوب والمصحح للاشتغال هنا الملك.

{وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما} أو منهم {برأ دون الآخر} لأن الطالب برأه دون الاخر، فلا وجه لإبرائه، فهو كما إذا قال الشارع في الحرب

وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.

الواجب كفاءة: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ﴾[1] حيث إن إخراجه لا يوجب إخراج الآخرين.

وليس معنى إبراء أحدهم إسقاط المضمون له المال، حتى يسقط عن الجميع، بل معناه إبراء أحدهم وحيث إنه حق للمضمون له صح له الإبراء، فلا يقال: إنه يحق له التصرف في ماله، لا في ذمم الناس، إذ التصرف في الذمم خلاف سلطنة الناس على ذممهم، وإلا فإن صح ذلك لزم عدم صحة الإبراء من أحد لأحد، وهو مقطوع العدم شرعاً وعقلاً {إلا إذا} أراد.

وقوله {علم} من باب الإثبات لوضوح أنه لا خصوصية للعلم في مقام الثبوت {إرادته إبراء أصل الدين} أي إسقاطه والإعراض عنه، فإنه كالإعراض عن ماله الخارجي، حيث يسقط ماليته له، {لا خصوص ذمة ذلك الواحد} فإنه حينئذ يسقط الدين وتبرأ كل الذمم، كما ظهر وجهه.

ولو لم يعلم هل أنه برأ ذمة، أو برء الدين، كان الأصل عدم الثاني، لأن ذمة غيره لما اشتغلت كان الأصل بقاء الاشتغال، والله سبحانه العالم.

---

(١) سورة النور: الآية ٦١.

(مسألة ٢٧): إذا كان على رجلين مال فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضي المضمون له بهما صح، وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً

(مسألة ٢٧): {إذا كان له على رجلين مال} بأن كانت ذمة كليهما مشغولة، لا أن يكون مال واحد في ذمتهما على سبيل البدل مثل الواجب الكفائي، كما تقدم في المسألة السابقة.

{فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه} لما تقدم من احتياج إذن المضمون عنه في صحة الرجوع إليه، سواء قلنا إنه عقد أو إيقاع، وإن لم يحتج أصل الضمان إلى رضى المضمون عنه.

{فان رضي المضمون له بهما صح} لاحتياج الضمان إلى رضى المضمون له، وإلا لم ينتقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن على ما تقدم.

قال في الشرائع: إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه.

وقال في المسالك: لا إشكال في صحة هذا الضمان، لأن كل واحد جامع لشرائط الصحة.

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، لاجتماع شرائط صحة الضمان في كل منهما.

{وحينئذ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً} الظاهر أن مراده بالجنس أعم من الوصف، وإلا لم يكن يترتب عليه ما يأتي من الحكم، ولذا كانت عبارة الجواهر: (وتساوي المالآن من جميع الوجوه) أظهر في إفادة المراد.

تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر، ويظهر الثمر في الإعسار واليسار، وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر، بناءً على افتكاك الرهن بالضمان.

وإن كانا مختلفين قدراً أو جنساً، أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو في مقدار الأجل

{تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر} كما هو مقتضى الضمان.

{و} لا يقال: فما هي الفائدة بعد التماثل التام بين المالين.

لأنه يقال: {يظهر الثمر في الإعسار واليسار} فإذا كان أحدهما معسراً كان للمضمون له الخيار في فسخ الضمان، فإذا فسخ صار تمام المال على الموسر.

{وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر} كما ذكره المسالك معللاً له بأن الضمان بمنزلة الأداء.

{بناءً على افتكاك الرهن بالضمان} كما تقدم في المسألة الثالثة والعشرين، وكان أولى لو قال كما في الجواهر: (وافتكاك الرهن إن كان عليهما أو على أحدهما لأن الضمان أداء) إذ قد يكون رهن على كل منهما فلا خصوصية لذكر ما إذا كان رهن على أحدهما.

والحاصل صيرورة كل واحد منهما بضمانه فرعاً، وبمضمونيته أصلاً، فيتعا كسان، ولذا يظهر الثمر أيضاً في إبراء صاحب الدين كله أو بعضه، إلى غير ذلك من الثمار.

{وإن كانا مختلفين قدراً أو جنساً} الأعم من الوصف كما تقدم {أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو في مقدار الأجل} كما إذا كان أحدهما بعد شهر، والآخر بعد شهرين

ومثله ما إذا كان أحدهما دفعة والآخر مقسطاً، أي يعطيه بأقساط، سواء كان الدفعي مؤجلاً أو معجلاً، وكذا إذا كان أحدهما مشروطاً والآخر مطلقاً.

{فالثمر ظاهر} وأضاف الجواهر قائلاً: بل في الفرض لو شرط أحدهما الضمان في مال بعينه، وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الأداء، أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء بسبق تعلق حقه، إلا أن المفلس قد استحق على المضمون عنه مع فرض كون الضمان بإذنه، ويتعلق به حينئذ حق الغرماء، إلى آخر كلامه.

نعم إذا لم يكن أي من هذه الثمار، فهل يصح الضمان، لأنه عقد ولا يلزم أن يكون للعقد ثمر بعد إطلاق الدليل، أو لا يصح، لأنه عمل سفهائي بعد عدم أي ثمر، لأن الحال في المستقبل كالسابق بعينه لا يبعد الثاني، لأن الإطلاق لا يشمل الأعمال السفهائية.

نعم ربما يقال: إنه من قبيل تبديل نفرين مالهما المشابه تماماً بالآخر، حيث يصبح ذلك مع أنه لم يؤثر شيئاً.

وفيه: إنه أثر شيئاً، حيث لم يكن لأحدهما التصرف في مال الآخر قبل المبادلة، وكان له التصرف في ماله، وبعد المبادلة انعكس الأمر، بخلاف المقام الذي ليس له حتى مثل هذا الثمر، على أن كون الضمان صحيحاً أو لا لا ثمر له، إلا في مثل النذر الذي يكرره صاحب القوانين، إذ يفي بنذره إذا كان نذر أن يعمل ضماناً، إن قيل بصحة هذا الضمان، بخلاف ما إذا قيل ببطلانه حيث لم يف بنذره.

وإنما قلنا لاثمر له، لأنه سواء قيل بالصحة، أو بعدم الصحة

وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى، حيث إن المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدى البعض فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع

تكون ذمة كل واحد منهما مشغولة، وبعد الضمان كقبله لا يفرق الأمر.

ثم إنه يظهر الثمر أيضاً في صورة التماثل فيما إذا كان أحدهما كافراً عنده أحكام خاصة للضمان، حيث يشمله قاعدة «ألزموهم بما التزموا به» أو كانا كافرين لكل أحكام خاصة.

{وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه} أما دينه الأول فلأنه باق عليه بدون أن يؤديه أو يضمنه أحد، والمفروض أنه لم يقع أحدهما، وأما دينه الثاني فلأنه انتقل إليه بضمانه لدين صاحبه.

{وحينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى حيث} كان بإذنه ورضاه فـــ {إن المفروض كونه مأذوناً منه} في الضمان منه.

{وإن أدى البعض} أي بعض الكل الشامل لما يساوي دين نفسه أو دين صاحبه، ولما يكون أكثر من دين نفسه ولو بقدر {فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع} إذ الأداء تابع للقصد، وإن لا يقصد لم يسم أداءً.

مثلاً كان عليه خمس ودين لزيد، وكان زيد مستحقاً للخمس، فإنه إن أعطاه بقدر هذا أو ذاك، فإن قصد الخمس برأ منه وبقي الدين، وإن قصد الدين برأ منه وبقي عليه الخمس، وربما يكون للقصد آثار خارجية مثل هذا المثال

فإنه إن قصد الدين لم يصح أن يصلي ويطوف في لباسه غير المخمس على المشهور، بخلاف ما إذا قصد الخمس، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومما تقدم يعلم حال التبعيض في الجملة، كما إذا كان عليه خمسون ضماناً وخمسون ديناً، فأعطى عشرة، فإن له أن يحسبه لنفسه، أو للضمان، أو لهما بالاختلاف أو التساوي، كما أنه إذا أعطاه ستين كان له احتساب خمسين منه لنفسه والباقي لضمانه أو بالعكس، كما كان له احتساب نصفه لنفسه ونصفه لضمانه، أو الاحتساب بالاختلاف كأربعين لنفسه وعشرين لضمانه، أو بالعكس وهكذا.

ثم إن أعطى مثلاً خمسين {و} لم يعلم أنه هل لنفسه أو لضمانه {يقبل قوله إن ادعى ذلك} لنفسه أو لضمانه، وعلله الشرائع وجامع المقاصد وغيرهما بأنه أبصر بنيته، وغيرهم بأنه مما لايعرف إلا من قبله، وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتابي القضاء والشهادات.

فقد بنى العقلاء على القبول والشارع لم يردعه، بل أيده بحجية ذي اليد، ومسألة الحيض والحمل وما أشبه.

أما قول الجواهر: ويقبل قوله مع اليمين، فإنه يريد مقام النزاع، فإنه منكر لقول المدعي، وحيث لا شاهد كان عليه اليمين بمقتضى إطلاق «إنما أقضي بينكم بالبينات والأيمان»، وقال قولين مختلفين، فهل يؤخذ بالأول أو الأخير أو يتساقطان، احتمالات، ومحله كتاب (القضاء والشهادات).

{وإن أطلق و لم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط} كما ذكره الجواهر تبعاً

في ذلك للعلامة في القواعد، وعلله جامع المقاصد بامتناع صرفه إلى إحدهما نظراً إلى عدم الأولوية فيتعين ذلك، قال: ويحتمل الآن صرفه إلى ما شاء، لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه.

وذكر الجواهر مثل هذا الاحتمال أيضاً.

ومنه يعلم أن مرادهم بالتقسيط النسبة لا التنصيف، فإذا كان دينه مائة ودين للمضمون عنه خمسين وأعطى ستين، كان أربعون له وعشرون للمضمون عنه.

لكن الأقرب أنه يقع وفاءً لما في ذمته، فإن كان ما أداه زائداً عليه كان الزائد عن المضمون عنه وإلا بقي الضمان عليه، وذلك لأن الأداء عن الغير يحتاج إلى قصده، فما دام لم يقصد ذلك لم يكن أداءً، بخلاف ما على النفس، فإنه لا يحتاج إلى قصد النفس ليكون أداءً عنها، وكذلك في سائر الأمور كما إذا كانت عليه صلاة ظهر أو صيام نذر أو خمس أو زكاة أو حج نذر، وكان عليه أيضاً أمثالها لغيره استيجاراً، فإنه إذا أتى بأحدها بدون قصد الغير كان ما أتى لنفسه، وإذ لم يقع ما أعطى عن المضمون عنه لا حق له في الرجوع إليه.

ومما تقدم ظهر الإشكال في قول المستمسك من تمثيله المقام بما إذا كان عليه صومان أحدهما للكفارة والآخر للقضاء، فصام يوماً ولم يعين فإنه يبطل، ولا يصح لأحدهما، قال: وكذا في المقام ما دام كل واحد من الدينين متعيناً في نفسه في مقابل الآخر، لم يحصل الوفاء القصدي إلا بقصد أحد المتعينين، وإلا خرج عن كونه قصدياً، إلى آخر كلامه.

إذ قد تقدم أن الأصل كون الوفاء عن النفس، وإن لم يقصد كونه عن نفسه،

فليس المقام من قبيل صومين كليهما عن نفسه، كما أنه ليس كذلك ما إذا كان صومان كلاهما عن غيره، مثل صوم زيد وصوم عمرو، كما أنه ظهر بما تقدم الإشكال في التقسيط.

{ويحتمل القرعة} كما في الجواهر وغيره، واستوجهه المحقق الثاني، وذلك لأنها لكل أمر مشكل، وقد حقق في محله، أن المشكل قد يكون ظاهرياً وقد يكون واقعياً، أي لا واقع له، كما إذا طلق زوجته ثم شك في أن الطالق أيتهما، أو طلق واحدة بدون تعيين، حيث تعين بالقرعة.

لكن احتمال القرعة ضعيف بعد أن كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه من أنه عن نفسه أو ما ذكروه من التقسيط، ولذا ضعف هذا الاحتمال السيدان الحكيم والجمال وغيرهما، وإن سكت على المتن جماعة من المعلقين.

{ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك} كما ذكر هذا الاحتمال غير واحد، وقد قال به المستمسك معللاً بأنه هو المتعين الذي تقتضيه الأدلة، فيبقى المدفوع على ملك الدافع إلى أن يعين المراد له.

وفيه: ما تقدم من أن القاعدة تقتضي التقسيط أو كونه عن نفسه.

نعم ما ذكرناه من كون القاعدة الثاني إنما يصح إذا كان الدين عن نفسه وعن غيره، أما إذا كان الدين عن نفرين غيره، فالقاعدة التقسيط بالنسبة، لما استدل له به في المقام، فإنه وإن لم يصح في المقام إلا أنه مقتضى القاعدة في دين نفرين.

والأظهر الأول، وكذا الحال في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين آخر لا رهن عليه، فأدى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع

ثم إنه تترتب بعض الآثار على قول المستمسك وقولنا وقول المقسط، حيث إنه لا خمس عليه على قولنا، إذ قد ذهب ملكه فلا شيء له عند رأس السنة حتى يخمس، بينما المستمسك يلزمه إعطاء الخمس الكامل، أما القائل بالتقسيط فاللازم عليه إعطاء خمس غير مقدار دينه، إذ ما يقع للمضمون عنه من المال يبقى بدله في كيس الضامن، وحيث إنه ربح كان عليه خمسه.

{والأظهر} ما ذكرناه، وإن كان الأظهر عند المصنف ومن لم يعلق عليه من المحشين {الأول، وكذا الحال} في التقسيط عنده {في نظائر المسألة، كما إذا كان عليه دين وعليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما} فإن المدفوع لو كان الأول بطل الرهن، وإن كان الثاني بقي الرهن فيسقط، لأن كليهما على نفسه، وليس أحدهما على غيره حتى يقال: بأن المعطى بإطلاق كان من المعطي.

فتحصل: أنه لو كان الدينان على نفسه، أو على غيره، كان مقتضى القاعدة التقسيط، ولو كان أحدهما على نفسه كان مقتضى القاعدة أن يكون عن نفسه لا عن غيره.

{أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع} حيث إنه إذا كان الوفاء عن القرض كان للبائع خيار عدم دفع الثمن، بخلاف ما إذا كان ثمن المبيع، أو إذا كان ثمن بيع الذهب وكان في المجلس بطل البيع إذا قصد

وهكذا فإن الظاهر في الجميع التقسيط، وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي، ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله.

به قرضه لا ثمن الذهب، و لم يدفع ثمن الذهب حتى تفرقا عن المجلس، إلى غير ذلك من الفوائد.

{وهكذا} فإن المسألة سيالة {فإن الظاهر في الجميع التقسيط} إن كانا على نفسه، أو على نفرين غيره، أو على إنسان غيره، وكونه عن نفسه إن كان الدينان على نفسه وعلى غيره.

{وكذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد} المبرئ {كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي} فإنه يسقط بينهما بالنسبة، وعلى قول المستمسك يبقى حتى يعين أنه يريد أحدهما أو كليهما بالتنصيف أو بالتقسيط أو بسائر النسب، فإن كان من مال الضمان لم يرجع الضامن على المضمون عنه، وإن كان من غيره رجع لما سبق من أنه لا يحق للضامن الرجوع إلا بمقدار ما دفع.

{ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد، لأنه لا يعلم إلا من قبله} وإن أنكره الطرف حلف، وقد تقدم وجه كلا الأمرين.

قال في الجواهر: ولو ادعى أحدهما العلم على الآخر كان له اليمين على نفيه.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب القضاء، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٢٨): {لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه} وذلك لإطلاق الدليل أو مناطه بعد كونه عقلائياً، ولا غرر عرفاً في ذلك، فلا يشمله نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، بل ربما استظهر من جامع المقاصد والمسالك ظهوره والتسالم عليه.

قال في المستمسك: وعمومات الصحة تقتضي عدم اشتراط ذلك، وعدم الاشتراط هو الظاهر من كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم على كثرتهم، حيث سكتوا على المتن، إلا أن أحدهم تأمل فيه، بل مقتضى ذلك عدم اشتراط علم المضمون عنه ولا المضمون له، لما عرفت من الإطلاق، أو المناط العقلائية، بل لو أصر على العلم، إذ لا إطلاق في أدلة الضمان نقول: بأن عمومات ﴿أوفوا﴾ ونحوه يشمله.

لكن قال في الشرائع: ولا يشترط العلم بكمية المال، فلو ضمن ما في ذمته صح على الأشبه، ويلزمه ما تقوم به البينة أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، ولا ما يقربه المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان، انتهى.

وقال في الجواهر بعد العبارة الأخيرة: كما في القواعد ومحكي التحرير والإرشاد والمختلف حكماً وتعليلاً، وكذا المبسوط والسرائر، بل هو المحكي عن المفيد والتقي.

كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: عليّ ما عليه، صح

أقول: واستدل للاشتراط في مفتاح الكرامة بعد أن نسبه إلى الأصحاب بقاعدة نفي الغرر وبدليل العقل، لكن قد عرفت أن المشهور عند الأصحاب عدم الاشتراط، والعقل لا يرى به بأساً، بل يعتاد ذلك العقلاء، فلا غرر عرفي حتى يشمله دليل نفي الغرر[1]، وإذ يشمله الدليل فلا مجال للتمسك بأصالة عدم الصحة في العقود المشكوكة.

{كما لا يشترط العلم بمقداره} ولا بجنسه، كما إذا لم يعلم أنه دينار أو درهم، أو لم يعلم أنه عشرة أو مائة.

نعم يلزم أن لا يكون غرراً عرفاً، ويكون مقصوداً في الضمان، فإذا كان قصده بين العشرة والمائة وكان أكثر لم يكن ضامناً للأكثر منها، لأنه لم يقصده عند الضمان، والعقود تتبع القصود، وقد تقدم في المسألة الأولى عدم اشتراط العلم بمقداره.

{فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال} الضامن: {عليّ ما عليه، يصح}.

ثم إن ادعى الضامن بعد ذلك أنه لم يعلم أن مقداره كان ألفاً، وإنما ظن أنه إلى المائة مثلاً، فهل يصدق حتى يكون الباقي على المضمون عنه نفسه، لأنه لا يعرف إلا من قبله، والأصل بقاؤه على ذمة المضمون عنه، أو لا يصدق، لأنه من قبيل الإنكار

---

(١) الوسائل: ج ص٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشرائطه ح١٢.

وحينئذ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أداؤه، سواء كانت سابقة أو لاحقة، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان

بعد الإقرار، كما لو أقر أن ما في صندوقه لزيد، ثم قال: ظننت أن فيه مال زيد والآن أرى أن فيه مالي وماله، أو يصدق في ضمانه للأقل، وإنما يجب عليه أن يدفع التفاوت إذا سبب ضمانه تفويت المضمون عنه، لأنه غار، والمغرور يرجع إلى من غره، بخلاف ما إذا لم يكن غرور، احتمالات، والظاهر الأول ويلزم عليه اليمين لأنه منكر.

نعم إذا حصل الغرور، وإن كان عن جهل من الغار، كان عليه من بابه لا من باب الضمان.

{وحينئذ فإن ثبت بالبينة} أصله ومقداره {يجب عليه أداؤه سواء كانت} البينة {سابقة} على الضمان {أو لاحقة} لإطلاق دليل حجية البينة، مثل قوله (عليه السلام): «إلا أن تقوم به البينة»، كما ذكرنا تفصيله في كتابي: التقليد والقضاء.

{وكذا إن ثبت بالإقرار} من المضمون عنه {السابق على الضمان} لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، فقد أقر المضمون عنه بأن عليه كذا فثبت عليه، فإذا ضمنه ضامن انتقل إلى الضامن.

نعم ينبغي أن يقال: إنه لو كذب الضامن المقر وأثبت ذلك ببينة سقط الإقرار، لأنه لا يقاوم البينة بعد أنه طريقي لا يثبت الحق واقعاً، كما أن اليد والسوق والأرض ونحوها تسقط حجيتها بالبينة.

أو باليمين المردودة كذلك، وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة

{أو باليمين المردودة} وكذلك قبل الضمان، كما إذا تنازع المضمون عنه وله في أصل الدين، أو في قدره، وقد أنكر المضمون عنه الدين أصلاً أو قدراً الذي يدعيه المضمون له، و لم يقم المضمون له البينة على دعواه، فكان على المضمون عنه اليمين على النفي فلم يحلف وردّ اليمين على المضمون له فحلف حيث يثبت بذلك الدين، بل ينبغي أن يقال مثله فيما إذا قلنا بأن مجرد النكول يثبت الدين، وإن لم يردّ اليمين.

{وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان} فهل يثبت على الضامن، لأن الإقرار مثبت، وقد ضمنه الضامن، وإن كان إجراء الضمان قبل الإثبات، كما إذا كان إجراء الضمان قبل البينة المثبتة للدين، كما ذهب إليه أبو الصلاح وأبو المكارم في ما حكي منهم، أو لا يثبت، كما في الشرائع على تفسير الجواهر، قال مازجاً: ولا ما يقربه المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون إقراراً في حق الغير، احتمالان.

{أو ثبت باليمين المردودة} بعد الضمان، فهل يثبت كما حكي عن المقنعة فألزمه به، وفي المسالك بناءً على كون اليمين المردودة كالبينة يتجه وجوب الأداء عليه، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن أو المضمون عنه، لأن الحق يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار، أو لا يثبت كما يظهر من الشرائع قال: ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين، أو يفصل بين رضى الضامن فالأول، وبين عدم

رضاه فالثاني، كما عن النهاية والقاضي.

قال في الجواهر نقلاً عنهما، قال: فإن حلف، أي المضمون له على ما يدعيه، واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه، لصيرورة الخصومة معه أيضاً، فيكون اليمين حجة في حقه، احتمالات.

{فـــ} المصنف على أنه {لا يكون} إقرار المضمون عنه بعد الضمان وحلف المضمون له اليمين المردودة عليه من قبل المضمون عنه {حجة على الضامن إذا أنكره}.

أما عدم الثبوت بالإقرار، فلأنه إقرار في حق الغير، وأما عدم الثبوت باليمين المردودة، فلما ذكره المستمسك من أنها بمنزلة الإقرار من هذه الجهة لا تكون حجة للحاكم في فصل الخصوصة لقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك.

أما من قال بحجية الإقرار، فقد استدل له بأنه إقرار في حق النفس، إذ الضامن يرجع إلى المضمون عنه بالآخرة، بالإضافة إلى أنه واقع كثيراً فيلزم من عدم سماع إقراره هدر الحق، فهو أولى بالسماع مما إذا أقر بأنه قتل فلاناً خطأً، حيث إن الدية على العاقلة و لم يقل أحد بأنه لا يسمع الإقرار بالقتل خطأً، وكذا إذا أقر الفقير بأنه مدين لفلان، فيما إذا كان الدين على الزكاة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وهذا أقرب إلى الصناعة، وإن كان الأصل مع المصنف.

وأما من قال بالثبوت باليمين المردودة، فقد استدل له بأنها حجة، وإطلاق أدلتها يقتضي عدم الفرق بين كونها قبل الضمان أو بعده، فإذا ثبت في حق المضمون عنه ثبت على الضامن، فالقول بقصور دليل حجيتها عن شمول ذلك غير ظاهر الوجه.

ويلزم عنه بأدائه في الظاهر، ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له

ومنه يعلم عدم الفرق بين رضى الضامن وعدمه، إذ الإطلاق شامل لهما، وهذا أيضاً أقرب إلى الصناعة، وإن كان عدم الحجية على الضامن مقتضى الأصل.

{ويلزم} المضمون عنه {بأدائه} أي أداء الدين الذي أقر به، أو رد اليمين فحلف المضمون له {في الظاهر} حسب الإقرار والحلف، وإنما قال: (في الظاهر) لأن الإقرار والحلف لا يثبتان الواقع فهما كالبينة طرق ظاهرية.

وقد أشكل المستمسك على الماتن بقوله: هذا اللزوم غير ظاهر للعلم بفراغ ذمة المضمون عنه، لأنه إن كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برأت بالضمان، وإن كان بريء الذمة قبل الضمان فلا موجب لاشتغالها، فأخذ المال منه مما يعلم بعدم استحقاقه، انتهى.

ويرد عليه: إن الحكم ظاهري، حيث إنه لم يدل دليل على ضمان الضامن، وقد اعترف بأنه مديون كان اللازم عليه الأداء، فهو كما إذا اعترف بأنه مديون والضامن يعلم بأنه ليس بمديون، فإنه ليس على الضامن أن يؤدي، وإن كان اللازم بحكم إقراره الأداء.

{ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره} سواء في المقام أو غيره، كما إذا ضمنه على دين معلوم ثم اختلفا، سواء في الدين لإدعاء الضامن أن المضمون أبرأ أو قبل تبرعاً من غيره فلا يطلب شيئاً، أو في مقداره.

{فأقر الضامن} بما يقوله المضمون له {أو رد اليمين على المضمون له

فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكراً، وإن كان أصل الضمان بإذنه.
ولا بد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان

فحلف} حيث لم تكن بينة {ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان} المضمون عنه {منكراً} وذلك لأن إقرار الضامن لا يثبت الدين على المضمون عنه، فإن الإقرار يثبت على المقر لا على غيره، وكذا حال اليمين المردودة.

{وإن كان أصل الضمان بإذنه} فإن إذن المضمون عنه لا يوجب حجية الإقرار ونحوه في حقه، فإنه لا تلازم شرعي ولا عقلي بينهما.

{ولابد في البينة المثبتة للدين} الموجبة لاشتغال ذمة الضامن {أن تشهد ثبوته حين الضمان} فإن الضمان نقل ما في ذمة المضمون عنه، وحيث لا تثبت البينة اشتغال ذمته، وقد فرض عدم العلم به، لم يكن نقل، فإن البينة على خمسة أقسام:

لأنها أما تثبت الدين قبل الضمان بما يمكن بقاؤه وعدمه إلى حين الضمان، كما إذا أثبتت أن ذمة المضمون عنه كانت مشغولة قبل سنة من الضمان.

أو تثبت حين الضمان ومثله قبل الضمان بما لا يمكن سقوطه.

أو تثبت بعد الضمان بما لا يدل على كونه حين الضمان، إذ ربما تثبت أنه مديون مائة لاشتراء الأكل لنفسه وعائلته، وقال إن دينه في شهر محرم، فإن الاشتراء لم يتحقق قطعاً بهذا الثمن لشهر محرم، مما يدل على أنه كان في وقت الضمان وهو شهر ذي الحجة مديوناً.

أو تثبت مطلقاً، أي ديناً ممتداً من قبل الضمان إلى الحال.

أو تثبت في الجملة، بأن قالت إنه مديون بدون تعيين المدة، مما

فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداؤه.

يمكن انطباقه على كل من الأربعة المتقدمة، والضمان إنما يكون في صورتين: الإطلاق، وحين الضمان.

{فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه} أو أثبتت الدين السابق مما يمكن بقاؤه وعدمه حين الضمان { لم يجب على الضامن أداؤه}، أما في الأولين فلعدم ثبوت الدين حال الضمان لينتقل إلى ذمة الضامن والأصل عدمه، وأما في الثالث فلأن الاستصحاب وإن كان محكماً في بقاء الدين، إلا أن المنصرف من الضمان غير مثل الدين المستصحب.

نعم إذا كان من قصدهما حتى المستصحب منه، أي ما يثبت شرعاً، كان اللازم الأداء، وقد ذكروا مثله في باب قيام البينة بجرح الشهود بعد الحكم وأنه يوجب نقض الحكم في ما تعلق الجرح بوقت الشهادة أو كان متعلقاً بالممتد، لا ما إذا تعلق بقبل الشهادة أو بعدها أو في الجملة.

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: عليّ ما تشهد به البينة، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه، فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة

(مسألة ٢٩): {لو قال الضامن عليّ} ما أقر أو يقر بثبوته عليه ضمن بما حصل بالنسبة إليه إقرار، وذلك لأنه ضمان عقلائي لم يردع الشارع عنه فيشمله دليله.

فاحتمال أنه لا يضمن مطلقاً، لأن الإقرار لا يثبت الواقع، والضامن إنما يضمن الواقع، أو لا يضمن في الثاني، أي ما أقر بعد الضمان، لأنه حال الضمان لم يكن مشغول الذمة لا قطعاً ولا إقراراً، لفرض أن الإقرار حصل بعد الضمان، غير وجيه.

ولو قال الضامن: عليّ {ما تشهد به البينة، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام} أي حين الضمان، أي سواء شهدت امتداداً أو في ذلك الوقت، كما عرفت في المسألة السابقة، {لأنها} أي الشهادة {طريق إلى الواقع، وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه} قال (عليه السلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين، أو تقوم به البينة».

إلى غير ذلك من الأدلة المثبتة لحجية البينة.

{فما في الشرائع من الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة}، قال: لو ضمن ما تشهد به عليه لم يصح، لأنه

لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان.

أقول: هذا الحكم محكي عن القواعد والتحرير والإرشاد والمختلف، معللين له بهذا التعليل، كما حكي عن المفيد والتقي والمبسوط والسرائر.

قال في الجواهر: وفسر في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله فضمانه حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما إذا كان كذلك ولما يتجدد، فلا يصح، إذ لا يدل على الضمان المتقدم، لأن العام لا يدل على الخاص. وفيه: إن المتجه ـــ مع فرض إرادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ (ما) ذلك ـــ الصحة في الثابت بها وقت الضمان، والبطلان في المتجدد، لا الفساد في الجميع، ولعل الأولى تفسير ذلك بإرادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك، لأنه حينئذ من ضمان ما لم يجب، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ما في ذمته والبينة طريق لمعرفته، بل كان العنوان ما يثبت، والفرض وقوعه قبل ثبوتها، ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله: فلا يصح لأنه ضمان لم يجب، انتهى كلام الجواهر ملخصاً.

أقول: إشكال الجواهر عليهما تام، إذ لا وجه لبطلان الخاص ببطلان العام بما هو عام، هذا بالإضافة إلى أن ما فسراه ليس ظاهر كلام المحقق كما اعترفا به، أما تفسير الجواهر فسيأتي الكلام فيه.

{إلا أن يكون مراده في صورة إطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان}

وأما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها، فهو كما ترى لا وجه له.

إذ قد تشهد البينة بأنه كان مطلوباً حين الضمان، وقد تشهد بأنه كان مطلوباً قبل الضمان مما يحتمل بقاؤه وانتفاؤه، وقد تشهد بأنه كان مطلوباً بعد الضمان، وقد تشهد بالمطلوبية الممتدة الشاملة للأوقات الثلاثة، وقد تشهد بالمطلوبية في الجملة، فإنه في الأخير لا يثبت، إذ لا دلالة للبينة حينئذ على الطلب حال الضمان، مع أن الضمان لا يكون إلا إذا كان الطلب حال الضمان.

{وأما ما في الجواهر من} تفسير كلام المحقق بـــ {أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك} لأن الضمان لابد من تعلقه بالدين بعنوانه أو بعنوان ملازم له ليشار به إليه، وما يشهد به البينة ليس كذلك، فالصحيح ما كانت البينة على وجه المعرفية والمشيرية إلى ما في ذمة المضمون عنه، لا ما إذا كان الثبوت بالبينة على وجه التقييد.

{لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة طريقاً، بل جعل العنوان} في الضمان {ما يثبت بها} في المستقبل {والفرض وقوعه} أي الضمان {قبل ثبوته بها} بالبينة {فهو كما ترى لا وجه له}، كأن المصنف أراد أنه لا وجه لاستفادة الجواهر من الشرائع هذا المعنى، لا أنه على تقدير إرادة

الشرائع هذا المعنى لا وجه للحكم المذكور.

وفيه: إن المختلف قد ذكر ذلك كما تقدم مما يؤيد إرادة الشرائع هذا المعنى، فلا وجه لمنع المصنف إياه.

وإن أراد المصنف أنه لا وجه للحكم المذكور على تقدير كون المراد من الشرائع ما فهمه الجواهر، ففيه: إن وجهه واضح، وهو أنه ضمان لم يجب.

وفي مفتاح الكرامة حمل العبارة على أمر رابع، وهو عدم العلم حال الضمان بالثبوت حاله، فيكون من ضمان مجهول الثبوت وهو غير صحيح، لاشتراط العلم بالثبوت حال الضمان.

ورده المستمسك بأنه بعيد عن سيرة الأصحاب، إذ لو كان العلم وقت الضمان بثبوت الدين شرطاً للضمان، كان اللازم عده في جملة شرائطه التي فصلت في كتبهم لا إهماله، والإشارة إليه بمثل هذه العبارة، مضافاً على عدم الدليل عليه غير الغرر، وهو غير ثابت.

أقول: إن أراد عدم الثبوت نفي الموضوع، أي أنه لا غرر، ففيه إنه ثابت، إذ لا يرى العرف ذلك غرراً، وإن أراد نفي الحكم، أي إنه مع كونه غرراً لا مانع منه، لعدم ثبوت نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، كماهو الظاهر منه بقرينة تكراره (رحمه الله) في جملة من كتبه من الشرح ذلك، ففيه إنه ثابت لورود الرواية، وقد عمل بها الفقهاء، بل ظاهرهم التسالم عليه.

(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود، بأن الأول غير صالح للمانعية، بل الثاني أيضاً كذلك

(مسألة ٣٠): {يجوز الدور في الضمان، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل} كما هو المشهور، خلافاً للمحكي عن المبسوط حيث منعه.

أما المشهور فقد استدلوا بالإطلاقات مع أنه أمر عقلائي، فلا يقال: إن الإطلاق منصرف عنه لأنه غير عقلائي والأدلة منصرفة إلى العقلائية.

{وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس}، وظاهر الدليل عدم مثل ذلك، لأنه منصرف إلى الغالب العقلائي مما ليس منه ما يصير كذلك.

{ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان} فليس عقلائياً حتى يشمله الدليل {مردود بأن الأول غير صالح للمانعية} إذ لا نسلم أن ظاهر الدليل عدم مثل ذلك، بل هو مثل ما إذا اشترى البائع ما باعه.

{بل الثاني أيضاً كذلك} لأن مجرد عدم الفائدة لا يوجب الخروج عن إطلاق الأدلة، كما في المستمسك، فإن المعيار في الصحة العقلائية، وهي لا تلازم الفائدة، بل تلازم الغرض العقلائي، بل العقلاء يقدمون على ما فيه ضرر

مع أن الفائدة يظهر في الإعسار واليسار، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

لأجل حصول غرض لهم، كالبيع بالضرر لملاحظة أن المشتري قريب أو ما أشبه.

{مع أن الفائدة يظهر في الإعسار واليسار} فلو كان أحدهما معسراً و لم يعلم به المضمون له صح له الفسخ، بخلاف الموسر منهما.

{وفي الحلول والتأجيل} حيث يصح جعل الحال مؤجلاً وبالعكس، {والإذن وعدمه}، والرهن وعدمه، والإبراء ولوازمه، إلى غير ذلك.

لكن لا يخفى أنه لو لا الجواب الأول لم ينفع الجواب الثاني في كلية صحة الضمان، إذ الجواب الثاني يصحح مواضع الفائدة، نعم هو يبطل كلية عدم الصحة، لأن الموجبة الجزئية نقيض السالبة الكلية.

وكيف كان، فالجواز مطلق، سواء كان بدون تعدد الوسائط أو تعدده، وهو مقتضى القاعدة، ولذا قال في الجواهر: لا إشكال في جواز الدور.

{وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال} قاله في الجواهر، وقال في المسالك: لا شبهة في جوازه، وقال في محكي مجمع البرهان: الظاهر عدم الخلاف فيه عند الأصحاب، وبذلك يظهر جواز اشتماله على الدور والتسلسل معاً.

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه، إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً

(مسألة ٣١): {إذا كان المديون فقيراً} أو مستحقاً لسهم الإمام (عليه السلام)، مثلاً من باب أنه يخدم الإسلام، فقد قال الإمام (عليه السلام): «إن الخمس عوننا على ديننا»، أو مستحقاً للزكاة من باب كونه عاملاً، أو مؤلفة أو ما أشبه.

{يجوز أن يضمن عنه} الولي كالمجتهد، أو من عليه الخمس والزكاة، حيث يجوز لهما صرفهما بأنفسهما، ولو بأن كانا استجازا الحاكم في صرفهما بأنفسهما {بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها} كما إذا نذر أن يؤدي ديناراً إلى الفقير، أو كان بيده وقف على الطلاب أو ما أشبه ذلك {من الوجوه التي تنطبق عليه} لوضوح أن غير المنطبق من الوجه لا يصح، فهو مثل أن يضمن بمال غيره.

{إذا كانت ذمته} ذمة الضامن {مشغولة بها فعلاً} وإنما يصح ذلك لأنه من قبيل الضمان في مال معين كما تقدم في المسألة الرابعة والعشرين، فقد شغل الذي عليه الحق ذمته بالدين الذي على الفقير على وجه اشتراط، أو تقييد إعطائه من المال الخاص الذي عليه من الخمس والزكاة ونحوهما، وإنما يصح له ذلك لأنه ولي سواء كانت ولايته بالفقاهة، أو بالإجازة من الفقيه، أو لأنه الواجب عليه الحق بنفسه وله أن يضعه حيث يشاء من المصارف المقررة، وهذا مصرف مقرر شرعاً، وعليه فالذمة مشغولة.

أما الاحتمالان الآخران اللذان ذكرهما المستمسك من نقل الدين من ذمة الفقير إلى مصرف الخمس أو غيره، بأن يكون المتعهد الصرف الخاص ومن التعهد

بالوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال، لأن التعهد كان بالوفاء لا بالمال، فيرد عليهما أنهما ليسا من الضمان الشرعي، فإنه حيث لا ذمة للضامن تتحمل الدين لم يكن ضمان.

أما إشكاله على ما ذكرناه من الفرض بأنه يتوقف على ولاية له على الحق، وثبوت هذه الولاية غير واضح من الأدلة، خصوصاً في الخمس ورد المظالم والكفارات ونحوها من الحقوق التي يجب تمليكها إلى الفقير، فإنه لا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا بالتمليك، والوفاء على النحو المذكور ليس تمليكاً، إلى آخر كلامه.

فيرد أن الحاكم أو من أجازه، أو من عليه الحق إذا كان له التصرف كما يشاء له ولاية، فإن جعل الحق تحت اختياره هو عين الولاية، والضمان المتعقب بالعطاء وفاء، وقد ذكرنا في كتابي (الاجتهاد والتقليد) و(الحكم في الإسلام) وغيرهما شمول ولاية الفقيه لكل الشؤون في الإطار الإسلامي، كما هو المستفاد من «خلفائي» و«فارجعوا» وغيرهما.

ومنه يعلم وجه سكوت جملة من المعلقين كالسيد البروجردي وغيره على الماتن، وإن قال السيد ابن العم: بل لا يجوز مطلقاً، وقال السيد الجمال: جواز الضمان في غاية الإشكال خصوصاً في ما عدا الخمس والزكاة بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً.

{بل وإن لم تشتغل فعلاً} كما إذا لم يكن عند الحاكم خمس أو زكاة،

على إشكال.

أو لم يخمس إلى رأس السنة من عليه الخمس والزكاة، وذلك لأن الفرض أن الضامن ينقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة نفسه مقيداً أو بشرط أدائه عن الحقوق، ولا يشترط في ذلك وجود الحقوق الآن، نعم لا يصح أن يضمن العطاء حالا، والحقوق ليست موجودة الآن، إذ لا موضوع حينئذ، وذلك خارج عن أصل مبحث صحة ذلك في الجملة، فهو مثل أن يضمن بشرط أو قيد أو يؤديه من إجارة داره أو ثمرة بستانه، وكلاهما لا وجود لهما فعلاً، وانما يصح ذلك لإطلاق دليل الضمان بعد كونه عقلائياً في نفسه.

{على إشكال} إذ لا ولاية للحاكم والمالك على الخمس والزكاة قبل وجودهما، فكيف يجعلهما متعلق حق الضمان، لكن الظاهر عدم الإشكال فيه، لأن السيطرة الاستقبالية تصحح الولاية الحالية، فهو نظير ما إذا اشترى ولي الزكاة محلاً لتجميع الزكوات أو علفاً لأنعام الصدقة إلى غير ذلك نسيئة فيما لا وجود للزكاة حالاً، فإن الاشتراء يكون على الزكاة بجعله الثمن عليها حين وصولها إليه، ولذا جرت سيرة الفقهاء على القرض لمشاهرة الطلاب وسائر شؤون الإسلام على الخمس والزكاة الذين يحصلانهما بعداً.

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاةً أو خمساً، جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي، بل ولآحاد الفقراء، على إشكال.

(مسألة ٣٢): {إذا كان الدين الذي على المديون زكاةً أو خمساً} أو جزيةً أو خراجاً أو مقاسمة {جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي} أو للسادة والفقراء وسائر المصارف، إذا كان لمن عليه الحق أن يعطيه بنفسه، إما ابتداءً أو بعد إجازة الحاكم له، ولذا قال: {بل ولآحاد الفقراء}، وذلك لأن الحاكم ونحوه لهم تلك الأموال، ومن عليه الحق مديون، وإطلاق دليل الضمان يشمل الضمان في مثل هذه الموارد.

ومنه يعلم وجه قول المستمسك: وكذلك الحكم في الصدقات المعينة للجهات إذا كانت ديناً فضمنه للجهة المعينة اعتبر قبول الولي الخاص إن كان، وإلا كان القبول من الحاكم الشرعي، كل ذلك لعموم الأدلة المقتضية للصحة، انتهى.

وكذلك ما إذا كان ريعه للطلبة مثلاً في هذه المدرسة فضمنه ضامن، إلى غير ذلك من الأمثلة، وقد جرت العادة بضمان بعض لمن عليه الخمس عند حكام الشرع في عصرنا الحاضر على ما شاهدناه.

{على إشكال} غير وجيه، وإن سكت عليه السيدان ابن العم والبروجردي، وقواه السيد الجمال، وظاهر المستمسك تأييده، حيث قال: الإشكال ظاهر، لأن آحاد الفقراء لا يملكون المال، بل ولا حق لهم فيه، إذ لا دليل لهم على شيء من ذلك فلا ولاية لهم عليه.

وفيه: أولاً: إن دليله أخص من المدعى، اللهم إلا أن يريد المصنف الإشكال في الثاني فقط، كما يقتضيه ما قالوه في الاستثناء المتعقب للجمل.

وثانياً: بأن آحاد الفقراء لهم الحق، فإن الطبيعة لا تتحقق إلا في أفرادها، خصوصاً إذا انحصر الأمر، مثلاً كان في قرية لا يتمكن من إيصال زكاته إلى غير فقراء تلك القرية وكانوا عشرة.

قال سبحانه: ﴿والَّذين في أَمْوالِهِمْ حَقٌّ معلوم لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُوم﴾[1]، وقال سبحانه: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ﴾[2]، إلى غير ذلك.

بل ربما يؤيد ذلك أنه كما يصح أن يعطي المديون بالخمس ونحوه المال لإنسان حتى يوصله إلى الفقير ونحوه، يصح له أن يفرغ ذمته إلى ذمة غيره، ولا فرق بين العين والذمة.

نعم ينبغي أن يقال في المقام إن بعض الأحكام التي تقدمت في باب الضمان لا يجري في المقام، مثل أنه لا يحق للضامن المصالحة مع الفقير ونحوه بأقل من الخمس المقرر، لما دل على عدم هذا الحق في المديون بهما، وكذلك إذا لم يؤد الضامن كان للمصرف الحق في الرجوع إلى المضمون عنه، إذ الضمان في المقام لا يمكنه تغيير الحكم الشرعي الذي هو عدم سقوط حق

(١) الذاريات: الآية ١٩.

(٢) التوبة: الآية ٩ و٦٠.

الفقير ونحوه، فالجمع بين إطلاق دليلي الضمان وأن الحق لا يضيع يقتضي ذلك.

إلى غيرهما من بعض الأحكام التي تستثنى في المقام لأجل الدليل الخاص.

(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل، لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة، وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات،

(مسألة ٣٣): {إذا ضمن في مرض موته، فإن كان بإذن المضمون عنه} حيث للضامن أن يرجع إليه إذا أداه إلى المضمون له {فلا إشكال في خروجه من الأصل، لأنه} أي الضمان بإذن المضمون عنه {ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة} وما أشبه ذلك من سائر معاملات المريض، لكن إطلاق قوله: فلا إشكال محل منع، إذ قد يكون بإذنه مع أن فيه إشكالاً من جهة أنه يعلم عدم تمكن المضمون عنه من الوفاء، فيكون مثل التبرع يلزم أن يكون من الثلث على قول من يرى أن مثل ذلك من الثلث.

ونسبة المستمسك ذلك إلى المسالك مطلقاً، غير ظاهر الوجه، فإن المسالك قال فيما لو ضمن بسؤال أنه كما لو باع بثمن المثل نسيئة فالوجه حينئذ أنه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل، وإن لم يمكن لإعساره ونحوه فهو من الثلث، ولو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحابات يتوقف ما يفوت منه على الثلث.

{وان لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات} على ما قويناه في بابه.

نعم على القول بالثلث يخرج منه.

{نعم على القول بالثلث يخرج منه} كما جعله الشرائع الأصح قائلاً: إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح.

وحيث رأى الجواهر الإشكال في كلام المحقق قيده بكون الضمان تبرعاً، ولعله لما ذكره المستمسك من أن قوله خرج ما ضمنه من ثلث تركته ظاهر في الضمان التبرعي الذي يحتاج إلى المخرج، إذ الضمان المأذون فيه لا نقص فيه مالي كي يحتاج إلى المخرج.

وكيف كان، فالمعلقون كافة الذين ظفرت بكلماتهم سكتوا على المتن، وإن كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه.

(مسألة ٣٤): {إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه}، لفرض أن المديون اشتغلت ذمته بنفسه، والضمان معناه انتقال ما في ذمة المديون إلى ذمة الضامن، ومن المعلوم أن ما في ذمة الضامن ليس مصداقاً لما في ذمة المديون، لكن اللازم أن يقيد المتن بما إذا كان اعتبار مباشرة المديون على نحو القيد، حيث إن المقيد عدم عند عدم قيده، أما إذا كان على نحو الشرط فإذا أسقط الشارط شرطه صح أن ينتقل إلى ذمة غيره، {كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة}.

ثم إنه يستثنى من صورة القيد ما ذكره المستمسك بقوله: اللهم إلا أن يقال: لا مانع من تعهد غير المديون بفعل المديون، فمباشرة الخياطة مثلاً إنما تقتضي اعتبار صدور الخياطة من المديون ولا تقتضي اعتبار اشتغال ذمته به، فيجوز أن يتعهد غير الخياط بفعل الخياط، بأن يستأجر زيد على خياطة ثوب، ويشترط أن يكون المباشر للخياطة عبده أو أجيره، انتهى.

أقول: ومراده ما إذا أمكن الجمع بين الضمان والمباشرة، لا ما إذا كان الضمان سبباً لعدم المباشرة مثلاً، فإنه حيث إن الضمان يتنافر مع المباشرة لا مجال للضمان حينئذ، ولذا كان تخصيص المتن بذلك أولى من قوله: (اللهم).

وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون، وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها

{وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون}، يأتي هنا ما ذكرناه من مسألة القيد والشرط، وما ذكره المستمسك من أن اعتبار الوفاء من مال معين لا يقتضي اختصاص التعهد به بمالك المال بحيث لا يمكن أن يتعهد به غيره وتشتغل ذمته به.

ثم إنه لا يمكن الضمان أيضاً فيما إذا كان الدين مقيداً بما لا يقدر الضامن من إنجازه، أو مشروطاً كذلك و لم يسقط الشرط، مثل كون الأداء في زمان خاص أو مكان خاص أو ما أشبه، فكان على المصنف أن يذكره أيضاً.

{وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين، كما إذا باع صاعاً من صبرة معينة} إذا كان الأمر على نحو اشتغال ذمة البائع بأن ينقل إلى ذمة الضامن ما كان في ذمة المضمون عنه، وعليه فإشكال المستمسك عليه بقوله: الكلي في المعين ليس ثابتاً في ذمة فلا يكون ضمانه من ضمان ما في الذمة الذي هو موضوع كتاب الضمان، انتهى، محل نظر.

{فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها}، نعم يجوز الضمان عنه والأداء من نفسها، كما إذا كان المالك للكلي في المعين من صبرة متعدداً فضمن أحدهما عن الآخر، وقد تقدم أن ضمان الأعيان لا بأس به إذا كان على نحو اشتغال الذمة.

مع بقاء تلك الصبرة.

أما قول المصنف: {مع بقاء تلك الصبرة} فهو لإفادة أن التلف إذا كان بحيث لم يبطل البيع انتقل الأمر إلى الذمة ومع الانتقال إليها يصح الضمان.

قال في المستمسك: فلو ضمنه بقصد الأداء من تلك الصبرة لا مانع من صحته، ولو ضمنه بقصد الأداء من صبرة أخرى مع بقاء تلك الصبرة لم يصح، لأن الأداء من الصبرة الأخرى ليس أداءً للمضمون، بل أداءً لغيره.

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه من مقتضى القاعدة وجه الإيراد في سكوت غالب المعلقين ومنهم السادة البروجردي وابن العم والجمال على المتن.

ومن الكلام في الكلي في المعين يظهر الحكم في الكسر المشاع لوحدة المدرك فيهما.

(مسألة ٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لأنها دين على الزوج، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذ

(مسألة ٣٥): {يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة} بلا خلاف ولا إشكال كما في الجواهر وغيره، ويظهر من جماعة كالمسالك ونحوه التسالم عليه {لأنها دين على الزوج} كما قرر في باب النفقات، وكل دين يصح ضمانه للإطلاق.

{وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة} للزوج {في صبيحته} كما عن الشيخ والحلي والعلامة والمحققين وثاني الشهيدين وغيرهم {لوجوبها عليه حينئذ}.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: ويصح ضمان النفقة الحاضرة لها أيضاً لاستقرارها وثبوتها في ذمة الزوج بصبيحة ذلك اليوم الذي أظهرت التمكين فيه.

أقول: ظاهر المسالك أنه لا إشكال فيه، وعلله بأنها تحتاج إلى الطحن والخبز والطبخ، لكن في الجواهر إن أدلة الإنفاق لا تقتضي الملك، فضلاً عن ثبوته في صبيحة اليوم، وفيه: إن ظاهر الأدلة ومنها قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ هو الملك، فإن حملهما على المصدر لا العين خلاف المنصرف منهما، مضافاً إلى أن ظاهر المصدر في الأمور المالية أيضاً الوضع الناشئ عن التكليف، فإذا قال: أعطه ديناراً، رآه العرف مديوناً

بحيث يحق له التقاص، لكن حيث إن اللازم النفقة لا خصوصية لها في الصباح فالمعيار وقت الأكل واللباس، فلو أعطاها في الصيف لباس الشتاء، حيث يتعارف ذلك و لم يهب، بل بعنوان النفقة، حق له أن يأخذه ويبدله بغيره وقت إرادتها أن تلبس، إذ لا دليل على ملكها له من وقت الإعطاء بدون نية التمليك لها.

وكذا بالنسبة إلى النفقة، فلو اشترى من أول الصباح طعاماً مطبوخاً ليومها، ثم أراد تبديله إلى غيره وقت الغداء جاز له، ولذا قال المستمسك: تعيين أول اليوم لا دليل عليه، ومقتضى الأدلة حصول الملك عند الحاجة.

ثم لو أعطاها قبل الوقت حباً فطحنته، أو صوفاً فغزلته، فهل تملك بذلك لهما، أو له الحق في أخذهما وتبديل ذلك بغيره، احتمالان، من أصل عدم الملك، وإنما لها أجرة عملها، أو الشركة لها معه فيما إذا ارتفعت القيمة من باب أن العرف يراه حقاً لها، فيشمله: «لا يتوى حق امرئ مسلم» والحق فيه لا أنه أجرة، ومن أن الرزق يضاف إليها فيدخل في (رزقهن) والاستصحاب يقتضي البقاء.

{وإن لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءً على سقوطها بذلك} إذ النفقة إنما هي للمرأة الممكنة، والنشوز يكشف عن عدم الموضوع وإن ظن الرجل وجود الموضوع، ومثله عكسه، فإذا ظن بقاء النشوز فلم يدفع، وفي أثناء النهار رجعت إلى الطاعة كان الحكم وجوب النفقة.

ثم حيث إن النفقة ــــ كما يراها العرف ــــ لمجموع الوقت، سواء في اللباس أو المسكن أو المأكل أو ما أشبه، كان اللازم تقدير النفقة بقدر زمان الطاعة، مثلاً لو كانت عنده أسبوعاً، وكانت النفقة للأسبوع لباساً وأكلاً وسكنى لمدة أسبوع بمائة، ونشزت نصف الوقت لم يكن لها إلاّ خمسون، وعليه فإذا نشزت اثنتي عشرة ساعة في اليوم والليلة لم يكن لها إلاّ نصف قدر النفقة، فلا اعتبار بوقت الأكل وغير وقت الأكل، بل الاعتبار بقدر الزمان، فلو نشزت من أول الصباح إلى الظهر ثم أطاعت وقت الغداء لم يكن لها الغداء الكامل.

وكذا إذا انعكس بأن أطاعت من أول الصباح إلى الظهر ثم نشزت وقت الغداء لم يسقط كل النفقة، بل بقدر النشوز، وهكذا في الكسوة والمسكن.

هذا هو مقتضى الأصل الأولي، حيث إن الكلام ملقى إلى العرف، والعرف يفهم ذلك، فلا ينقض بأنه إذا ماتت قبل الظهر وهي مطيعة يلزم أن يكون لها بعض النفقة، مع أن العرف لا يرى لها ذلك، كما لا ينقض بأنه إذا تزوجها قبل الظهر يلزم أن لا يكون لها النفقة الكاملة عند الغداء، لأنها لم تكن زوجة من الصباح إلى الظهر.

وانما لا ينقض لأن العرف يرى الفرق بين النشوز وبين الموت والزواج كذلك، وقد عرفت أن العرف هو المناط في المقام، لأن الكلام ملقى إليه، فاللازم أن يرى أنه كيف يستفيد، وإن كانت استفادته مختلفة.

ومما تقدم يظهر أن احتمال أن موضوع النفقة هو الزوجية في صبيحة اليوم، فإذا كانت زوجة حينئذ استحقت نفقة اليوم تامة، غير تام، وإن قال القواعد:

وأما النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم لأنه من ضمان ما لم يجب، ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية،

إنها إذا ماتت أو طلقها في أثناء النهار، و لم يسترد النفقة لأنها ملكتها.

وكذلك قال في مفتاح الكرامة عند قول المصنف: (يصح ضمان النفقة الحاضرة)، لأنها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمته.

وعلى ما ذكرناه من أن العرف هو المحكم، وهو يرى التقسيط إذا كانت تأكل مرتين مرة عند طلوع الشمس ومرة عند غروبها، وكانت ناشزة اثنتي عشرة ساعة لم تستحق إلاّ مرة واحدة، فإذا نشزت بعد أكل وجبة الفطور إلى اثنتي عشرة ساعة لم تستحق وجبة الغروب، وإن كانت مطيعة عنده وهكذا، والضمان لنفقتها إنما يكون بقدر استحقاقها.

{وأما النفقة المستقبلة فلا يجوز ضمانها عندهم}، قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد: يصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة، كما في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك، وفي مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه وهو كذلك، {لأنه من ضمان ما لم يجب}.

وفي مفتاح الكرامة: لأن النفقة عندنا إنما تجب بالعقد مع التمكين الكامل، وهي أن تخلي بينه وبين نفسها قولاً وفعلاً، والتمكين الكامل ليس بحاصل في زمان لم يقع بعد.

{ولكن لا يبعد صحته، لكفاية وجود المقتضي وهو الزوجية} وإن كان صرف المقتضي لا يجعله من الضمان المصطلح الذي هو نقل ما في الذمة، إذ لا اشتغال بعد، وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن من شروط الضمان.

ولذا تأمل فيه الوالد (قدس سره)، وقوى السيدان ابن العم والجمال عدم الصحة، وقال البروجردي إنه بعيد، فإذا لم تطمئن المرأة بإنفاقها أو بإعطائها المهر مثلاً حين أراد عقدها، صح لها أن تجعل ذلك شرعاً على الضامن في ضمن عقد لازم أو ما أشبه.

{وأما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى، لعدم كونها ديناً على من كانت عليه} كما في القواعد، وعن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، كذا في مفتاح الكرامة.

وعلله في الجواهر ــ بعد ما استظهره من الشرائع ــ بعدم ثبوتها في ذمته، وإن قصر في دفعها لأنها من خطاب المواساة الذي لا يقتضي إثباتاً في الذمة.

أقول: لو لا دعوى الإجماع ــ على ضعفه لأنه محتمل بل ظاهر الاستناد ــ كان مقتضى الصناعة صحة ضمان الماضية، نحو ما تقدم في الزوجة، لأن الظاهر من أدلة المال الوضع لا التكليف المجرد.

ولذا قال في الجواهر: قد يشكل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء في كل حق مالي لا ذمي، ودعوى كون الحق هنا خصوص السد الذي لا يمكن تداركه، واضحة المنع بعد إطلاق الأدلة المزبورة، وحرمة العلة المستنبطة عندنا.

أما ما في المستمسك، حيث أشكل على الجواهر بأن أدلة النفقة للأقارب قاصرة عن إثبات ملك المال،

ففي خبر حريز، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): من الذي أجبر عليه وتلزمني نفقته، فقال: «الوالدان والولد والزوجة»، ونحوه غيره.

وهي كما ترى، لا تعرض فيها لملك عين النفقة، بل ظاهرها التكليف بالبذل للنفقة في زمان الحاجة إليها، فلا موضوع له بالنسبة إلى الزمان الماضي، فلا يتضح هذا الإطلاق المقتضي للقضاء، انتهى.

فيرد عليه: أولاً: أن لا قصور في الأدلة، حيث تقدم أن المفهوم عرفاً من الأمر بالماليات الوضع.

وثانياً: إن الرواية لا دلالة فيها على العدم، بل دلالتها على الوضع أقرب، حيث أردفت الوالدين والولد بالزوجة.

ولولا ما ذكرناه لم يبق مجال لاستثنائه بقوله: {إلا إذا أذن للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه} إذ لا دليل على أن الإذن يوجب الضمان، فهو مثل أن يقول له: أنفق على نفسك من مالك وعليّ بدله، حيث لا يلزم ذلك كونه عليه، إذ ليس هو إلا وعداً.

فقول المستمسك: هذا واضح، فإن الإذن كاف في صحة الاستقراض، غير ظاهر الوجه، إلا إذا أريد الاستقراض على الذي أذن، فيكون المال ماله ويتصرف فيه المستقرض بإذنه، لكنه بعيد عن متبادر العبارة حيث ظاهرها أن يستقرض على نفس المستقرض.

على أي حال، فإذا قال له القريب: اقترض على نفسك وعلي بدله، كان وعداً لم يجب، إلا أن يقال: إنه واجب عليه بعد أن كان مغروراً، وهو يرجع إلى من غر، مثله ما لو قال: ألق متاعك في البحر وعليّ بدله، إلى غير ذلك، و

أو أذن له الحاكم في ذلك إذ حينئذ يكون ديناً عليه، وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب، مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته

إن قال له القريب: اقترض علي وتصرف فيه، كان وكيلاً عنه في الاقتراض، وعلى القريب البدل بلا إشكال.

{أو أذن له الحاكم في ذلك} سواء قال له: اقترض على نفسك وبدله على القريب، أو اقترض على القريب وتصرف فيه، لإطلاق ولاية الحاكم، قال في المستمسك: كما ذكره في الشرائع وغيرهما ويظهر منهم المفروعية عن صحته، {إذ حينئذ يكون ديناً عليه} على ما عرفت.

{وأما بالنسبة إلى ما سيأتي} من النفقة المستقبلة {فمن ضمان ما لم يجب} لأن نفقة القريب في المستقبل ليست واجبة على قريبه الآن، فكيف يضمنها إنسان، وقد عرفت أن الضمان نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى.

{مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق} على الأقارب {حكم تكليفي} على ما ذكره (رحمه الله) {ولا تكون النفقة في ذمته} إذ التكليف لا يلازم الوضع.

ثم إنه كان على المصنف أن يذكر النفقة الحاضرة للأقارب، والظاهر أن لهم إجباره بسبب الحاكم، ويجوز للحاكم الأخذ من ماله، وأمرهم بالاستدانة عليه، أو على أنفسهم والوفاء من ماله.

ثم إن مقتضى ما رجحناه من الاقتراض عليه، وأنه حق عليه وضعي صحة ضمانه، أما على مقتضى ما ذكره المصنف من أنه ليس حقاً مالياً، وإنما هو

ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال.

تكليف فلا يصح الضمان، إذ لا شيء في ذمة القريب حتى يصح ضمانه، وقد جمع في القواعد بين عدم صحة ضمان النفقة الماضية وصحة ضمان النفقة الحاضرة، قال: يصح ضمان النفقة الحاضرة للقريب دون الماضية والمستقبلة، مع أن الحاضرة والماضية من واد واحد، ونسب ذلك مفتاح الكرامة إلى التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وعلله بأن الحاضرة تجب بطلوع الفجر، انتهى.

وأنت خبير بأن الوجوب إذا لم يكن وضعياً لم يكن في الذمة، فلا يصح ضمانها، وإن كان وضعياً كان في الذمة وصار ديناً على القريب، فيصح ضمان الماضي أيضاً.

لا يقال: الفارق أن نفقة الأقارب من قبيل ملك الإنفاق، ونفقة الزوجة من قبيل ملك العين، والإنفاق إذا ذهب وقته ــ بالنسبة إلى الماضية ــ لا يتعلق بالذمة شيء، لأنه لا بقاء للإنفاق، بخلاف ملك العين في الزوجة، حيث إن العين تكون في الذمة.

لأنه يقال: الكلام في أن ملك الإنفاق يوجب تعلق شيء بذمة القريب أم لا، فإن كان الأول لا فرق بين الماضي والحاضر في صحة الضمان، وإن كان الثاني فلا شيء في الحاضر في ذمة القريب حتى يصح ضمانه.

ولعله إلى بعض ما ذكرناه أشار بقوله {ولكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال}، وإن ذكر أغلب المعلقين أنه لا إشكال في بطلان الضمان.

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة، سواء كانت مشروطة أو مطلقة، لأنه دين في ذمة العبد، وإن لم يكن مستقراً لإمكان تعجيز نفسه.

والقول بعدم الجواز مطلقاً، أو في خصوص المشروطة، معللاً بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم، ضعيف كتعليله.

وربما يعلل بأن لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى.

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل، والأقوى وفاقاً لجماعة الجواز، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل

(مسألة ٣٧): {اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل} مع وضوح جوازه بعد الإتيان بالعمل، لأنه بالعمل صار ديناً على الجاعل، {وكذا مال السبق والرماية}.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: وكذا يصح ضمان ما ليس بلازم، ولكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل، وكمال السبق والرماية، وفاقاً للمحكي عن المبسوط والتحرير والمختلف ومجمع البرهان والتذكرة، إلا أنه قال: إذا شرع في العمل، إلى آخر كلامه.

لكن في الشرائع بعد ذلك قال: على تردد.

وفي القواعد صحة ضمانه، لكن في محكي جامع المقاصد والمسالك عدم الصحة، قال أولهما: والفرق بين مال الجعالة وبين الثمن في مدة الخيار ظاهر، لأن الثمن حينئذ ثابت، غاية ما في الباب إنه متزلزل، بخلاف الجعل فإنه لا ثبوت له أصلاً، والمتجه عدم الجواز قبل الفعل.

{فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل} والضمان نقل ما في الذمة، فإذا لم يكن في الذمة شيء كان مثل السالبة بانتفاء الموضوع.

{والأقوى وفاقاً لجماعة} تقدم ذكر جملة منهم {الجواز، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل} كما ربما يظهر من عبارة القواعد وغيره

حيث قال: الخامس الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلا، كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول، أو لم يكن لازماً، لكن يؤول إليه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية، وكأنه أخذه من الشرائع، حيث قال:

الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة، سواء كان مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن، ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع، وكذا ما ليس بلازم، ولكن يؤول إلى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرماية، انتهى.

وإنما يسقط إذا لم يعمل، لأنه بمترلة الفسخ، حيث إنها عقد غير لازم، ولعل وجه الثبوت في الذمة أن ذمة كل طرف اشتغل، هذا بالمال والآخر بالعمل، وإنما لم نقل بهذه الدعوى لأن الجعالة لا تقتضي ثبوت شيء في ذمة الجاعل عرفاً، وهي التي قررها الشارع، فلا صحة للضمان من هذه الجهة.

{ولا لثبوته} في الذمة {من الأول} حين عقدها {بشرط مجيء العمل في المستقبل} فيكون العمل بمترلة الشرط المتأخر، إن جاء العمل كشف عن ثبوت الجعل من حين العقد، وإن لم يجئ العمل كشف عن عدم ثبوته.

وهذان الاحتمالان جعلهما الجواهر مبنى صحة الضمان، وقال بعد الاحتمال الثاني: لعل ذلك لا يخلو من قوة، وقد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهرة، انتهى.

ثم هنا احتمالان آخران في وجه صحة ضمان مال الجعالة، ذكرهما في

محكي التذكرة والمختلف، وهما وجود سبب الوجود، وانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار كما في الأول، ومسيس الحاجة إليه فجاز ضمانه، كقوله: ألق متاعك وعلي ضمانه، كما في الثاني، وإن كان المحكي عن التذكرة أنه قال: إذا شرع في العمل، وإنما لا نقول بهذه الاحتمالات لما عرفت من الإيراد على الدعوى، ولما يرد على الثاني.

{إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل} لما تقدم من أنه مقتضى الجعالة عرفاً، ولم يحدث فيه الشارع خلافاً، وبذلك يظهر أنه قد قرر ما لدى العرف.

ويرد على استدلال التذكرة أن وجود سبب الوجود لا يلازم الوجود الذي هو مناط الضمان، وعلى استدلال المختلف بأن مسيس الحاجة ليس من الأدلة الشرعية.

أما ألق متاعك، فهو مثل أعط للفقير وعلي بدله، يشملها دليل الضمان بالأمر، وأنه لا ضمان قبل الفعل، فلا يستدل به لكون الضمان قبل الفعل.

{بل لقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1]}، كما استدل به غير واحد بضميمة استصحاب الشرائع السابقة، وأشكل على ذلك كما في المستمسك بأن الآية إنما دلت على مشروعية التعهد على النحو المذكور،

(١) سورة يوسف: الآية ٧٢.

ولا دلالة فيها على أنه من الضمان الذي هو محل البحث، أو هو من قبيل الرعد الذي لا يجب الوفاء به، فلا دلالة لها على شيء من ذلك، انتهى.

وبأن قول يوسف (عليه السلام) حجة، وليس ظاهر الآية إلا أنه قول غيره، حيث قال: ﴿قالُوا نَفْقِدُ صُواعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعيمٌ﴾[1].

وبأنه لم يثبت استصحاب الشرائع السابقة، لقوله سبحانه: ﴿لكل منكم جعلنا شرعة ومنهاجاً﴾.

وفي الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول: إن ظاهر الآية حسب استفادة العرف أنه تعهد لازم، لا وعد فحسب.

وإن شئت قلت: إنه بضميمة قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم» يفيد المطلوب، وحمله على الإخبار لا الإنشاء، أي إن من طبيعة الزعيم أن يغرم، خلاف ما ذكروا من أن الأصل في كلامهم (عليهم السلام) الإنشاء لا الإخبار.

وعلى الثاني: بأن الظاهر أنهم كانوا يتكلمون عن شريعتهم، كما يدل على ذلك قولهم: (فهو جزاؤه)، وما ورد من الإشكال والجواب في أنه كيف قال يوسف (عليه السلام): (إنكم لسارقون)، إلى غيرهما من المؤيدات.

وعلى الثالث: بأن مقتضى ﴿قُولُوا آمَنَّا بِاللهِ﴾[2] إلى آخرها أن الشريعة

(١) سورة يوسف: الآية ٧٢.

(٢) سورة البقرة: ١٣٦.

ولكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً.

في كل الأنبياء (عليهم السلام) واحدة إلا ما غير بمقتضى الزمان ونحوه، وآية المنهاج لا تنافي ما ذكرناه بعد ظهور الجمع بينهما بما ثبت تفسيره حسب الزمان ونحوه، وإنما عموم الأحكام واحدة فالكل سواء إلا ما خرج، بل يمكن أن يقال: إن الظاهر عدم الاحتياج إلى الاستصحاب، فإن أمثال آية (قولوا) تدل على وحدة الشرائع للأمم، وهذا غير بعيد.

ولقد كان من الجميل أن يؤلف كتاب فقهي مبسوط حول ما ورد في أحكام الشرائع من الطهارات إلى الديات مما في الآيات والروايات.

ثم إن الجواهر استدل لمثل هذا الضمان بالحديث المتقدم: «الزعيم غارم»، كما استدل له السيد الجمال بقوله: إنه لما تقدم من كون الضمان بالنسبة إلى هذه الأمور التزاماً وتعهداً من الضامن بها، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه لا تحويلاً لها من ذمته إلى ذمة نفسه، وانطباق مفاد الآية المباركة على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر، انتهى.

{ولكفاية المقتضي للثبوت في صحة الضمان} لأنه عرفي، ولم يعلم أن الشارع منع عنه، {ومنع اعتبار الثبوت الفعلي كما أشرنا إليه سابقاً} وإن كان ربما يرد عليه بأنه خلاف ما تقدم من اعتبار كون الحق المضمون ثابتاً في الذمة، وكون الضمان نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، ويجاب بأنه نوع من الضمان، وما نذكره هنا هو نوع آخر ولا منافاة، وقد تقدم الكلام في ذلك، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعة، والأقوى الجواز، سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عيناً، ومثلها أو قيمتها على فرض التلف

(مسألة ٣٨): {اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة} على أحد قبل الضمان {كالغصب} المضمون على الغاصب {والمقبوض بالعقد الفاسد} سواء كان بدلاً كما في البيع، أو لا، في ضمن عقد كالمهر، أو غير عقد كعوض الخلع، إذا كان البيع والنكاح والطلاق باطلاً.

{ونحوهما، على قولين ذهب إلى كل منهما جماعة} قال في القواعد: ويصح ضمان عوض الجناية، وإن كان حيواناً، ومال السلم والأعيان المضمونة كالغصب والعارية والأمانة مع التعدي على إشكال.

وقال في مفتاح الكرامة: صحة ضمان الأعيان المضمونة خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والإرشاد، وكذا المفاتيح، لكن عن جامع المقاصد أن عدم صحة الضمان قوي، وفي المسالك: إنه أقوى، وفي الإيضاح: إنه الأصح، ولا ترجيح في شرح الإرشاد لفخر الإرشاد ولا الكفاية، انتهى.

{والأقوى الجواز، سواء كان المراد} بالضمان {ضمانها، بمعنى التزام ردها عيناً، ومثلها أو قيمتها على فرض التلف} كما ذكر هذا المعنى التذكرة قائلاً: إن الضمان له صورتان:

الأولى: أن يضمن رد أعيانها وهو جائز، لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه.

أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم».

الثانية: أن يضمن قيمتها لو تلف، والأقوى عندي الصحة لأن ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان.

{أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت} قال في الجواهر عند قول الشرائع: وفي ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والأشبه الجواز، بمعنى وجوب ردها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من في يده، انتهى.

وكان عليه أن يذكر المراد ثالثاً بالتزام رد عينها.

وهناك احتمال آخر قاله السيد البروجردي، بأن المراد جعلها بأعيانها في عهدته على نحو كونها شرعاً في عهدة من هي في يده، المستتبع لاستحقاق مطالبته بها، موجودة أو تالفة، ثم لوجوب ردها بشخصه إن أمكن وإلا فبنوعها أو بماليتها، ولكن صحته محل إشكال، سواء أريد به نقلها عن عهدة ذي اليد إلى عهدته، أو ضمها إليها، لاحتمال كونها من الأحكام الشرعية، لا من الأمور التي بيد الناس وضعاً ورفعاً، انتهى.

{و} إنما قلنا: إن الضمان بكلا المعنيين جائز {ذلك لعموم قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الزعيم غارم»} على ما رواه المستدرك[1] عن غوالي اللئالي ودرر اللئالي، وبه يرتفع إشكال الجواهر عليه، وتبعه المستمسك بأن الحديث ليس

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح٢.

من أخبارنا، بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا، كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الإنكار عليهم، انتهى.

وأشار بالخبر السابق إلى ما رواه الشيخ، عن الحسن بن خالد، قال: قلت لأبي الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، قول الناس الضامن غارم، قال: فقال: «ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»[1].

ورواه الصدوق أيضاً كما في الوسائل.

وفيه: إن الحديث لا يدل على إرادته بالناس العامة، والإمام لم يرد، وإنما أراد بيان أن قرار الضمان على المضمون عنه.

وأي ربط بين «الزعيم غارم» و(الضامن لا يغرم) حتى يكون أحدهما رداً على الآخر، والحاصل الأول بيان الغرامة، والثاني بيان القرار.

نعم الحديث ضعيف السند، لكن جماعة من الفقهاء استندوا إليه، ولعل المصنف يرى جبره بمثل ذلك، ولعل السادة المعلقين على كثرتهم يرون ذلك، ولذا سكتوا على استدلال المصنف به.

{والعمومات العامة مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2]} ولا يلزم من ذلك أن يكون عقداً جديداً ليس له أحكام الضمان، وذلك لما تقدم في شرح المضاربة وغيرها أنه لو صدق الموضوع عرفاً، وشمله العموم كان داخلاً في أحكام ذلك

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٤٩ الباب ١ من أبواب الضمان ح١.

(٢) المائدة: الآية ١.

ودعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين، بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى، وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمة إلى أخرى وليس من مذهبنا،

العنوان، وإن لم يكن عموم بذلك العنوان نفسه، لأن المفهوم عرفاً من شمول الحكم لموضوع ـــ ولو كان موضوعاً خاصاً ـــ أن ذلك الحكم سار في مثل ذلك الموضوع الخاص، مثلاً إذا قال الشارع في باب صوم رمضان: إن له حكم كذا، وقال: صم يوم المبعث، فهم العرف أن حكم صوم هذا اليوم له نفس ذلك الحكم أيضاً، من باب فهمه أن حقيقة الصوم في الجميع واحدة.

{و} الـــ {دعوى} التي ذكرها في جامع المقاصد في رد التذكرة، {أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها} من الضامن {مع أن الضمان} عبارة عن {نقل الحق من ذمة إلى أخرى} فليس ضمان العين من الضمان الشرعي في شيء.

وإلى الإشكال المذكور أشار في الجواهر بأن الضمان عندنا من النواقل، وأن شرطه ثبوت المال في الذمة، والأعيان المضمونة إنما يجب ردها وهو ليس بمال في الذمة.

{وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون} الضمان {من ضم ذمة إلى أخرى وليس من مذهبنا} هذا إشكال ثان ذكره المسالك، مضافاً إلى الإشكال الذي ذكره في جامع المقاصد، وتبعهما في الإشكال المذكور الجواهر قائلاً بعد عبارته السابقة: والغاصب مثلاً مخاطب به إجماعاً فيكون الضمان

وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف، مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات

هنا ضم ذمة إلى ذمة أخرى، وهو ليس من أصولنا.

ثم قال: ومن الغريب ما عن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا، وفي ضمان المال والعهدة إشكال أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه، إذ هو كما ترى كالمتناقض، انتهى.

{وعلى الثاني} وهو إرادة مثلها أو قيمتها إذا تلفت {يكون من ضمان ما لم يجب} لأنه بالنسبة إلى المثل أو القيمة حكم تعليقي على تقدير التلف، فيكون من ضمان ما لم يجب فلا يصح.

{كما أنه على الأول} وهو ضمان العين على تقدير بقائها، ومثلها أو قيمتها على تقدير تلف العين {أيضاً كذلك} من ضمان ما لم يجب {بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف} ومما تقدم يظهر الإشكال على الضمان إذا كان مراد الضامن الالتزام برد العين فقط من دون إرادته رد المثل، أو القيمة عند التلف، كما تقدم أن أشرنا إليه أيضاً.

{مدفوعة بأنه لا مانع منه} من كون الضمان هنا بمعنى الالتزام بالرد، لا الانتقال من ذمة إلى ذمة، كما أنه لا مانع من ضمان الغاصب أيضاً فيكون من ضم ذمة إلى ذمة {بعد شمول العمومات} مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، فقد قال الضامن

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(لك علي أن أرد مالك) وهذا عقد، فيشمله ﴿أوفوا﴾ ونحوه.

{غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح} بل إذا قلنا إنه يشمله «الزعيم غارم» كان من الضمان المصطلح أيضاً، وقول الجواهر: إن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إنما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد حسب مقتضاه، ومقتضى الضمان نقل المال من ذمة إلى ذمة، والأعيان ليست كذلك، وأن «الزعيم غارم»[1] ليس من أخبارنا، قد عرفت الجواب عنهما.

إذ يرد عليه أولاً: إنه إذا أريد الضمان المصطلح، وقد ذكر المصنف أنه لا يريده.

وثانياً: قد عرفت أنه لما سمي عرفاً ضماناً جاء إليه أحكام الضمان، و«الزعيم غارم» قد ورد من طرقنا كما تقدم، فتأمل.

{وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي} وقد تقدم أن المقتضي كاف في صحة الضمان، فالضامن يتعهد فعلا للعين المضمونة أن يردها مع بقائها، وأن يرد مثلها أو قيمتها مع تلفها، وهذا التعهد يشمله العمومات، بل يشمله الضمان المصطلح، حيث إنه زعيم فهو غارم.

ومنه يظهر حال ما إذا ضمن ردها فقط، أو ردّ بدلها إذا تلف فقط.

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح١.

ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع، وأما ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته

{ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع، وإن اشتهر في الألسن} وإنما يصح ذلك إذا لم يكن حتى المقتضي، والمقتضي في المقام موجود.

{بل في جملة من الموارد حكموا بصحته، وفي جملة منها اختلفوا فيه، فلا إجماع} وقد تقدم الكلام في ذلك في الشرط الثامن فراجع.

ثم إن المستمسك قد أطال الكلام حول المسألة، وفيه مواقع للنظر تظهر مما تقدم.

قال الوالد عند قوله و(الأقوى الجواز): لا بالضمان الناقل لما في ذمة إلى ذمة أخرى، بل بمعنى التعهد والالتزام برد العين أو بدله، من غير أن يبرأ ذمة الغاصب والقابض، وكذا في المسائل التالية.

أقول: بل يمكن بنحو براءة ذمة الغاصب إذا تلف، فيكون الضمان بضم ذمة إلى ذمة مطلقاً، أو ضمهما عند وجود العين وذمة الضامن عند تلفها.

{وأما ضمان الأعيان غير المضمونة كمال المضاربة والرهن} أي العين المرهونة {والوديعة قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط}، أما بعد السبب فإن كانت موجودة دخلت في مسألة ضمان الأعيان المضمونة، وإن تلفت دخلت في ضمان الدين {فلا خلاف بينهم في عدم صحته} كما في الشرائع والقواعد

والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً.

وجامع المقاصد والمسالك والتحرير والإرشاد ومجمع البرهان والكفاية كما حكي عن بعضهم.

قال في التذكرة: إذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره، فإن كانت أمانة لم يتعد فيها الأمين لم يصح الضمان، كالوديعة والعارية غير المضمونة ومال الشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وأمينه إذا لم يقع منهم تعد أو تفريط عند علمائنا أجمع، لأنها غير مضمونة العين، ولا مضمونة الرد، وإنما يجب على الأمين مجرد التخلية، فإذا لم تكن مضمونة على ذي اليد لا تكون مضمونة على الضامن، ولو ضمنها إن تعدى فيها لم يصح أيضاً، لأنه ضمان ما لم يجب.

وفي الجواهر إنه لا خلاف فيه ولا إشكال.

{والأقوى بمقتضى العمومات} عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] وعموم «الزعيم غارم»[2] {صحته أيضاً} والإجماع محتمل الاستناد إن لم يكن ظاهره، ودليلا التذكرة في ما قبل التعدي وبعده قد عرفت وجه النظر فيهما في الفرع السابق.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، إذا كان المراد من ضمانها اشتغال الذمة بها، لا بالمعنى المصطلح من الضمان الذي نحن في مباحثه ومسائله، بل بمعنى محض اشتغال الذمة، قال: ولعل من ذلك ضمان شركة

(١) المائدة: الآية ١.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ١ من أبواب الضمان ح٢.

التأمين المتعارف في هذا العصر، وإن كان ضمانها في مقابل المال لا تبرعاً، فصاحب المال يعطي الشركة مالاً في قبال أن تضمن أو في قبال أن تنشأ الضمان، إلى آخر كلامه.

أقول: الظاهر صحة كل أنواع التأمين، سواء كان مع ملاحظة الشيء المؤمن، بأن ترسل الشركة الطبيب كل ثلاثة أشهر مرة لملاحظة المريض مثلاً أو نحو ذلك، أو بدون الملاحظة كان يؤمن السفينة في البحر، والطائرة في الجو مثلاً، وذلك لأنه معاملة عقلائية، فيشمله ﴿أَوْفُوا﴾[1] وما أشبه.

وبذلك يخرج عن كونه أكلاً للمال بالباطل، فلا يشمله ﴿لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ﴾[2].

وبذلك يظهر أنه يصح تأمين شركة التأمين في شركة أكبر أيضاً كما هو المتعارف.

نعم حيث ذكرنا في كتاب (الفقه: الاقتصاد) إنه لا حق للإنسان في غير الأمور الخمسة العملية والفكرية والشرائط والعلاقات والمواد يجب أن لا يكون قدر بدل التأمين إجحافاً عرفاً، بحيث يكون أكثر من حق الشركة الفكري والعملي، حتى يكون مساعداً للرأسمالية المحرمة شرعياً، فإن الرأسمالية على الأسلوب الغربي محرم شرعاً، كما قرر في محله.

---

(١) المائدة: الآية ١.

(٢) البقرة: الآية ١٨٨.

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن

(مسألة ٣٩): {يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درك الثمن للمشتري} قال في مفتاح الكرامة: كما عن المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وغيرهم، ثم نقل عن التذكرة ومجمع البرهان أن على جوازه إطباق جميع الناس في جميع الأعصار، وعن المسالك إن الظاهر الاتفاق عليه، كما نقل عن جامع المقاصد إطباق الناس على ضمان العهدة، وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه، وإنما سمي دركاً لأن المشتري يتدارك ما فات منه، كذا كل مكان يطلق الدرك، ولذا قال في الصحاح: الدرك التبعة، وقيل سمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله، ويسمى بضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده.

فـــ {إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير} دفع الضامن الثمن إلى المشتري إذا لم يكن المبيع كلياً وبدله البائع بغيره، أو لم يكن فضولياً ورضي المالك بالبيع، أو لم يرث البائع عن المالك، إلى غير ذلك من صور استحقاق المشتري.

{أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروطه صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن} بأن قبض البائع الثمن، وحيث يحتمل المشتري بطلان البيع وتمرد البائع من رد الثمن، يأخذ من البائع ضامناً أنه إذا ظهر البطلان كان على الضامن أداء ما على البائع من الثمن.

كما قيد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخر وهو الأقوى

قال في المسالك: وهذا في الحقيقة فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حال الضمان.

{كما قيد به الأكثر} كما نقله عنهم مفتاح الكرامة، قال: ما عدا المبسوط والشرائع والإرشاد واللمعة، بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بأنه إن كان قبض الثمن صح الضمان، وإن لم يكن قد قبض لم يصح، وهو أيضاً مراد في كلام من لم يقيد به لأنهم لا يختلفون في أن الضمان لا بد فيه من ثبوت حق في ذمة المضمون عنه في نفس الأمر وقت الضمان، بحيث يمكن تكليف غيره به، والبائع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق، انتهى.

وإن شئت قلت: إن الضمان نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وإن تعدينا عن ذلك قلنا ضم ذمة إلى ذمة في ضمان العين الخارجية ــ كما تقدم في بعض المسائل السابقة ــ فإذا لم يقبض البائع الثمن لم يكن مشغولة الذمة كما لم يكن بيده شيء فكيف يصح ضمانه.

ولذا قال في الجواهر: ومن ذلك يعلم إرادة المصنف وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه إلا بقبضه.

{أو مطلقاً} وإن لم يقبض {كما أطلق آخر} ممن عرفت، وكون مراد المطلق القيد، كما حمله المفتاح والجواهر غير ظاهر، فإن إطلاق الفقهاء يؤخذ به، ولعلهم رأوا كرأي المصنف، فقول المستمسك ومن ذلك تعرف الإشكال في قول المصنف غير ظاهر الوجه.

قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان، وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض

{وهو الأقوى} أما مع قبض البائع وتلفه فظاهر، وأما مع قبضه وعدم تلفه أو عدم قبضه، فلما تقدم في آخر المسألة السابقة من جواز ضمان الأعيان غير المضمونة، فالمشتري الذي يريد دفع الثمن إلى البائع يخاف من فوته إذا ظهر المبيع مستحقاً، و لم يمكنه استرجاع ما دفع، ولذا يأخذ ضامناً حتى يدفع إليه، وهو أمر عقلائي متعارف، فيشمله «الزعيم غارم»، كما يشمله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه.

وبذلك يظهر وجه قول جامع المقاصد: ولعل تجويز ضمانه لعموم البلوى ودعاء الحاجة إليه وإطباق الناس على ضمان العهدة، ومثله قال غيره، فلا يرد عليهم أن مثل ذلك لا يكون دليلاً شرعاً.

وبه يظهر وجه النظر في قول السيد البروجردي: إن ضمان درك الثمن للمشتري محل تأمل وإشكال، وعدم الخلاف فيه مع قلة المتعرض له لا يفيد.

{قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان} كما هو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين، وتبعهما الجواهر، والذي أوجب استثناؤه ما تقدم من الأدلة، وإن كان مقتضى «الزعيم غارم» ونحوه مما سبق الاستدلال به لضمان العين عدم كونه استثناءً، بل الضمان ضمان عين وضمان ذمة، وقد يكون بالنقل وقد يكون بالضم.

{وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض} حيث إن تلفه من المالك،

فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب، بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور، نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق

ومما تقدم يظهر حال ما إذا تلف بعد قبض المشتري في زمن الخيار، حيث إن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، أو رد بالعيب، أو اختار الأرش، كما في تعلقية الجمال.

{فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع} لبطلان الضمان، وذلك {لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب} وهو باطل على المشهور، سواء كان سببه موجوداً أم لا.

{بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ} بالخيار أو التقايل، أو تلف المبيع قبل القبض {لم يصح بمقتضى التعليل المذكور} بأنه ضمان ما لم يجب، كما صرح به الجواهر وغيره معللين له بما ذكر، إذ لا يصح الضمان إن لم يمضه الشارع وإن عقده الضامن والمضمون له.

{نعم} استثنوا من عدم صحة الضمان إذا حصل الفسخ صورة الفسخ بالعيب فـــ {في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق} مما يكون دركه على البائع، وقد أشار بقوله: (أو اللاحق) إلى رد مفتاح الكرامة حيث قال: وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما في الشرائع، وإلا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق، كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة، وهذا لا يكون موجوداً حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون

اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا، فالمشهور على العدم، وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحة مع التصريح بالأولى، والأقوى في الجميع الدخول مع الإطلاق، والصحة مع التصريح، ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب

كالمتجدد من الأسباب لا يصح ضمانه قولاً واحداً، انتهى.

{اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة} عهدة البائع {ويصح الضمان} عنه لأنه ليس من ضمان ما لم يجب {أو لا} يدخل فلا يصح الضمان {فالمشهور على العدم} وقد نسبه الجواهر إلى المشهور، ومفتاح الكرامة إلى الأشهر.

{وعن بعضهم دخوله} نسبه مفتاح الكرامة إلى الإيضاح وجامع المقاصد، وأشكل فيه في القواعد قائلاً: أورد بعيب على إشكال، وإن كان ظاهر كلام له بعد أنه وافق المشهور، وعن المبسوط ذكر الاحتمالين من دون ترجيح.

{ولازمه} أي لازم من قال بدخوله في العهدة {الصحة مع التصريح بالأولى} لأنه إذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مطلقاً، بأن قال: أنا ضمان لك أيها المشتري الثمن، كان الضمان صحيحاً بطريق أولى إذا ضمن قبل الفسخ ضماناً مقيداً، بأن قال: أنا أضمن لك أيها المشتري الثمن إذا حصل فسخ بسبب عيب سابق على العقد، أو لاحق عليه.

{والأقوى في الجميع} الضمان قبل الفسخ، سواء كان الفسخ بعيب سابق أو لاحق {الدخول} في العهدة {مع الإطلاق، والصحة مع التصريح، ودعوى} المشهور {أنه من ضمان ما لم يجب} وهو غير صحيح، ولذا قال في الجواهر في

مدفوعة بكفاية وجود السبب، هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ، وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها

تأييدهم: إن الفسخ إنما أبطل العقد من حينه، لا من أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً، لأنه ضمان ما لم يجب.

{مدفوعة بكفاية وجود السبب} لأنه مشمول للضمان العقلائي، فيشمله «الزعيم غارم»، بل العمومات، على التقريب الذي ذكرناه غير مرة من أنها في أمثال المقام مما له موضوع عرفي يوجب صحته عقداً خاصاً، لا عقداً مطلقاً، فتترتب عليه الأحكام الخاصة بذلك العقد.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: قد عرفت أن ضمان ما لم يجب لا يدخل في الضمان المصطلح، ولا تشمله أدلته الخاصة، نعم تشمله أدلة الصحة العامة، لكن شمولها لا يتوقف على وجود السبب، انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه يدخل في الضمان المصطلح.

وثانياً: إنه بدون وجود السبب لا يكون ضماناً عرفياً، فلا يشمله «الزعيم غارم» ونحوه.

{هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ} بالعيب.

{وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرش} حيث إن المشتري يتخير بين الفسخ والأرش إذا ظهر في المبيع عيب سابق على العقد، أو عيب لاحق بحيث كان العيب من كيس البائع {فقال بعض من منع من ذلك} من الضمان بالفسخ {بجوازها} أي

لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضاً، وأن تحقق السبب حال العقد كاف، مع إمكان دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته

مطالبة الضامن {لأن الاستحقاق له} أي للأرش {ثابت عند العقد، فلا يكون ضمان ما لم يجب}، قال في القواعد: ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس، لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه، بل يرجع على البائع، ولو طالب بالأرش فالأقرب مطالبة الضامن.

وقريب منه كلام الشرائع، وعلله بأن استحقاقه ثابت حين العقد، لكنه قال: فيه تردد.

وقال العلامة قبل عبارته المتقدمة: أو أرش العيب.

وقال في مفتاح الكرامة في شرحه: أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة إلى أرش عيب المعيب، كما هو خيرة الإرشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك، وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير.

{وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول} ضمان الثمن في الفسخ بالعيب {أيضاً} فلا تنحصر الصحة بضمان الأرش {وأن تحقق السبب حال العقد كاف مع إمكان} النقض على من يقول بالصحة بالنسبة إلى الأرش دون الثمن بـــ {دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته} فكيف تقولون بصحة ضمانه، مع أنكم لا تقولون بصحة ضمان الثمن عند الفسخ، وقد أشار المصنف بذلك إلى ما ذكره

المسالك، وتبعه الجواهر ومفتاح الكرامة حيث بينوا وجه عدم صحة ضمان الأرش أيضاً، قال الثالث: ووجه العدم أن الاستحقاق للأرش إنما حصل بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرش، والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الأرش، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره.

أقول: قد رد المسالك عدم الفارق بين الثمن عند الفسخ والأرش قائلا: والحق ثبوت الفرق بينهما، فإن الثمن ما وجب إلا بالفسخ، وأما الأرش فإنه كان واجباً بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضة، انتهى.

ولكن هذا الفارق غير تام، إذ الأرش وإن كان في الحقيقة عبارة عن شيء فائت ــ لأن العقلاء يقابلون بين المبيع الصحيح والثمن الكامل، أما المبيع الناقص فهو مقابل لبعض الثمن مما يكشف من أن بقية الثمن في إزاء الشيء الفائت، إلا أن البيع خارجاً يكون بين المثمن والثمن، ولذا يحتاج الأرش إلى اختياره، لا أنه يستحقه المشتري تلقائياً، فليس مثل ما إذا باع ما يملك وما لا يملك، حيث يبطل البيع تلقائياً بالنسبة إلى ما لا يملك، وإليه أشار المستمسك بقوله: ولذا كان خيار تخلف الوصف وخيار العيب غير خيار تبعض الصفقة، انتهى.

وكذا الحال بالنسبة إلى الغبن، فإن قدراً من الثمن لا يكون بدون مقابل حتى يستحقه المشتري، باعتبار أن قيمة المبيع بقدر بعض الثمن لا كله.

وكيف كان {فالصحة فيما} أي في الأرش {أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب} وهو ضمان اصطلاحي، لا كما قاله المستمسك على ما تقدم نقله عنه والإشكال عليه.

ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع.

ومما تقدم يظهر الإشكال في كلام من قال بأن مطالبة الأرش غير اختياره، ومن قال إن الأرش ثابت فيختار لا أن ثبوته بالاختيار.

إذ يرد على الأول: إن المطالبة بعد الاختيار.

وعلى الثاني: إنه ثابت إمكاناً، أي يمكن أن يثبت بالإرادة، لا أنه ثابت خارجاً.

{ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع} عن المشتري، لوحدة الدليل في المقامين.

(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ لتبعض الصفقة، فيرجع على البائع بما قابله

(مسألة ٤٠): {إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً} للغير، أو ظهر عدم قابلية بعض المبيع للمبيع كالخمر والخل {فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض} لأنه القدر الذي يتدارك، أما ما بقي فلم يفت من المشتري شيء، واللازم إعطاؤه بقدر خسارة المشتري لا بالنسبة، فإذا اشترى بابين فظهر أحد مصراعيه لغيره مما سبب أن يكون ثمن المصرع الباقي ربع المجموع كان على الضامن إعطاء ثلاثة أرباع الثمن للمشتري.

{وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ لتبعض الصفقة} إذا لم يكن بيعان في بيع، وإلاّ فلا خيار، بل حاله حال نكاحين أو طلاقين في صيغة واحدة، والفرق يكون بالقصد كما ذكرنا تفصيل ذلك في بعض مباحث الكتاب {فــ} إذا فسخ المشتري البقية {يرجع على البائع} لا الضامن {بما قابله} إذ الضامن لم يضمن إلا عهدة الثمن الذي يظهر مستحقاً لا أنه ضمن مطلقاً، وهذا هو خيرة الشرائع والتحرير والإرشاد والمختلف وغيرهم، بل عن الكفاية أنه المشهور، وعن التذكرة عندنا، مما يظهر منه الإجماع.

وعن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له.

{و} لكن {عن الشيخ جواز الرجوع على الضامن بالجميع} مما ظهر مستحقاً ومما فسخ، وكأنه لإطلاق ضمان الضامن ولو حدث ما يقتضي انفساخ العقد بخيار أو إقالة أو نحو ذلك، وإلا فلو كان الضمان حين عقده خاصاً بالقدر الذي يظهر استحقاقه لم يكن وجه لكلامه (رحمه الله).

{و} منه يعلم أن قول المصنف: {لا وجه له} على إطلاقه غير تام، بل لا وجه له فيما إذا كان الضمان مقيداً، لا ما إذا كان مطلقاً.

كما يعلم أن إشكال المستمسك على المصنف إشكالا مطلقاً غير ظاهر الوجه، قال: بناءً على ما ذكره المصنف في المسألة السابقة من أن الأقوى جواز الضمان، فيرجع المشتري على الضامن، وجه كلام الشيخ ظاهر وهو عموم الصحة الذي تمسك به فيما سبق لرد دعوى المشهور من عدم صحة الضمان، وعدم جواز الرجوع على الضامن، فالجمع بين كلامي المصنف في المسألتين غامض، انتهى.

وكيف كان، يظهر من الكلام في مسألة ضمان عهدة الثمن مسألة ضمان عهدة المثمن.

ثم إنه لو اختلفا في أنه هل كان الضمان مطلقاً للكل، أو مقيداً للقدر الذي يظهر مستحقاً، كان القول قول الضامن لأصالة عدم ضمان الزائد.

ولو اختلفا في أنه هل كان بنحو بيعين في بيع أو بنحو بيع واحد، فالظاهر أنه مع القائل الثاني لأصالة عدم قصد بيعين، وإن كانت المسألة بحاجة إلى تأمل.

ولو اختلفا في أنه هل ظهر الجميع مستحقاً أو بعضه، فيما كان الضمان خاصاً بالقدر الذي يستحق منه لا مطلقاً، وحتى لما يفسخه، فالأصل عدم ضمان الأكثر مما اتفقا عليه.

كل ذلك إذا لم تكن للطرف بينة كما هو واضح.

(مسألة ٤١): الأقوى وفاقاً للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس، فيضمن الأرش وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً للمشهور، لأنه من ضمان ما لم يجب وقد عرفت كفاية السبب

(مسألة ٤١): {الأقوى وفاقاً للشهيدين صحة ضمان ما يحدثه المشتري} أو البائع فيما كان الثمن أرضاً {من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير} ولم يمض البيع {وقلع البناء والغرس فيضمن الأرش} كما يضمن كل القيمة إذا كان مثل طم النهر، حيث أجرى النهر في تلك الأرض، إذ الكل قد انهدم فلا يبقى شيء حتى يكون هناك تفاوت وتصل التوبة إلى الأرش.

{وهو تفاوت مابين المقلوع والثابت عن البائع} (عن) متعلق بالضمان، وهذا هو الذي احتمله في التحرير على ضعف ــ كما في مفتاح الكرامة ــ وهو قال به مستدلاً له بمسيس الحاجة إليه وقضاء الضرورة به.

{خلافاً للمشهور} فلم يجوزوا الضمان، كما عن المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن التذكرة عدم ترجيح أحد الجانبين.

وإنما ذهب المشهور إلى ذلك {لأنه من ضمان ما لم يجب، و} لكن يرد عليهم ما {قد عرفت} من {كفاية السبب} ومشهور المعلقين وافقوا المشهور، خلافاً للسيدين الوالد وابن العم، حيث سكتا على المتن، ومقتضى القاعدة ما

هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبي، وثبوته بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان، وقيل بالصحة لأنه لازم بنفس

ذكره المصنف، وإن قال المستمسك: إن أريد الضمان المصطلح فلا بد فيه من وجود ضامن قبل هذا الضمان ليكون مضموناً عنه وهو مفقود، وإن أريد الضمان العرفي لم يتوقف على وجود السبب حال الضمان، فإنه يرد عليه أنه ضمان عقلائي يشمله «الزعيم غارم»[1]، والعمومات على التقريب المتقدم في المسائل السابقة.

{هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً كالأجنبي} قال في القواعد: وفي ضمان البائع ذلك إشكال.

وقال في مفتاح الكرامة: جزم في المبسوط بعدم الصحة، لأنه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب.

ونحوه ما في التحرير والإيضاح والمسالك والروضة من أن الأقوى عدم الصحة.

وقرب في التذكرة الصحة.

{و} إن قلت: إن البائع ضامن بنفسه لأنه غار، والمغرور يرجع إلى من غر.

قلت: {ثبوته} على البائع {بحكم الشرع} لأنه غار {لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان} لأن الضمان كما تقدم في أول الكتاب نقل ذمة إلى ذمة، ولا اشتغال لذمة المضمون عنه في المقام حتى ينقل إلى ذمة البائع.

والحاصل: إنه ليس هناك حق مضمون حال الضمان فلا يصح.

{وقيل بالصحة} كما عرفت عن التذكرة، وقال في الشرائع: الوجه الجواز {لأنه لازم بنفس

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٤٩٧ الباب ١ ح٢.

العقد فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفاية تحقق السبب فيكون حينئذ للضمان سببان، نفس العقد والضمان بعقده، ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد

العقد} إذ العقد سبب الغرور الذي ينشأ من الضمان في وقته {فلا مانع من ضمانه لما مر من كفاية تحقق السبب}.

وضعفه في المسالك والروضة بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان.

كما أشكل عليهم في مفتاح الكرامة بأنه إذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره، وإن لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره، فما الوجه في تجويزهم هذا ومنعهم ذاك.

وأخذ المستمسك منه ذلك فقال: الإشكال على المحقق ومن وافقه في التفصيل بين الأجنبي والبائع متوجه على كل حال، وربما أشكل على ذلك بأنه لا معنى لضمان الشخص عن نفسه، وفيه: إنه لو أريد بالضمان نقل الذمة أو الضم كان الإشكال وجيهاً، بينما لا يراد به إلا تدارك الخسارة وهو معنى عقلائي يشمله الدليل.

{فيكون حينئذ} حين ضمن البائع {للضمان سببان، نفس العقد} حيث إنه بالعقد حصل الغرور {والضمان بعقده} حيث ضمن البائع عند العقد {ويظهر الثمر} في الضمانين على ما ذكره المسالك والروضة {فيما لو أسقط المشتري عنه} أي عن البائع {حق الضمان الثابت بالعقد} أي عقد البيع بأن قال: لو كنت

مغروراً فلا أرجع إليك، بمقتضى «المغرور يرجع إلى من غر»[1]، وهذا الحق قابل للإسقاط لتحقق سببه حال العقد.

{فإنه يبقى الضمان العقدي} إذ لا وجه لسقوطه.

كما أنه إذا أسقط بعد الضمان العقدي حقه الثابت من الضمان العقدي يبقى الضمان الغرري، إذ من الواضح أنه لا تلازم بينهما في السقوط، كما لا تلازم بينهما في الثبوت.

ومنه يعلم أن قول المستمسك في رد المسالك: إن من المعلوم أن الرجوع ليس من الحقوق التي تسقط بالإسقاط، بل من الأحكام، ولو أسقطه لم يسقط، وجواز التعدد مع تعدد الذمم لتعدد الضامن لا يقتضي جواز التعدد في ذمة واحدة، غير ظاهر الوجه، إذ بعد أن كان رجوع المغرور حقاً ــ كما يفهم عند القاء «المغرور يرجع إلى من غر» على العرف ــ لم يكن وجه لعدم قابليته للإسقاط، فليس ذلك حكماً حتى لا يقبل الإسقاط، والتعدد معناه أن له أن يرجع بهذا السبب أو بذاك.

والحاصل: إن للمشترى أن يرجع إلى البائع لكونه غاراً، وله أن يرجع لكونه ضمن بمعنى أنه التزم تدارك الخسارة، وأي مانع للجمع بينهما بعد كونهما شرعياً وعرفياً.

وبذلك يظهر وجه النظر في سائر كلام المستمسك المستشكل عليهم بأنه

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٦ الباب٢ من أبواب العيوب والتدليس ح٢. والمستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح ح٦.

كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما، وقد يورد عليه بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل، ويمكن أن يقال: لا مانع منه مع تعدد الجهة

لا يجتمع ضمانان في وقت واحد حتى تجري الفائدة المذكورة من سقوط أحدهما وبقاء الآخر.. فحال المقام:

{كما إذا كان لشخص خياران بسببين} كخيار الغبن وخيار العيب وهكذا {فأسقط أحدهما} حيث يبقى الآخر، إذ لا تلازم بينهما في السقوط، كما لا تلازم بينهما في الثبوت.

{وقد يورد عليه} على الضمان العقدي {بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه} كما أورده صاحب الجواهر.

{والمقام من هذا القبيل} فكيف يضمن البائع خسارة المشتري إن ظهر كون المبيع للغير {ويمكن أن يقال} في رده إنه {لا مانع منه مع تعدد الجهة} مثل كون الإنسان يضرب نفسه، أو يطبب نفسه، فهو ضارب ومضروب، ومريض وطبيب من جهتين، والأمر في المقام كذلك، فهو من حيث كونه بائعاً مضمون عنه، ومن حيث كونه يلتزم درك الخسارة ضامن.

وهذا المعنى هو الذي فهمه جملة من المحشين فأشكلوا على المصنف بما في تعليقة السيد البروجردي بأن الأقوى عدم صحة مثل ذلك الضمان، وتعدد الجهة لا يجدي، وبما في تعليقة السيد الجمال أن عدم الصحة عندهم تام، ولا يرجع تعدد الجهة في المقام إلى محصل.

هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان، وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد.

أما ما ذكره المستمسك في شرح العبارة بقوله: فإن أحد الضامنين قائم بالغرور، والضمان الثاني قائم بالعقد، فلم يظهر وجهه، إذ كلام المصنف في رد إشكال أنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه.

وكيف كان {هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان} فهو محل كلامهم، ومورد الإشكال والجواب.

{وأما إذا اشترط ضمانه} فلا يكون الضمان عقداً، بل حسب الشرط، فهو مثل شرط أنه إذا ظهر عيب كان دركه على البائع {فلا بأس به} لإطلاق دليل الشرط {ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد} من أن المغرور يرجع إلى من غره، مثل اشتراط كون دركه على البائع إذا ظهر فيه العيب.

لكن يرد على ذلك أنه إذا بطل البيع لظهور كونه مستحقاً لغير البائع لم يبق عقد حتى يلزم الشرط الذي في ضمنه، ولذا قال بعض المعلقين: مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير وردّ المالك المبيع وقلع البناء والشجر فالحكم بصحة شرط الضمان الواقع في ضمن العقد، وكونه مؤكداً لما هو لازمه لا يوافق القواعد، إلا أن يكون المراد غير ما هو ظاهر العبارة.

أقول: نعم تتصور صحة ذلك فيما ظهر بعض المبيع مستحقاً ولم يرد المشتري البعض الآخر، فإن العقد باق حينئذ والشرط في ضمنه يكون مدلولاً للعمومات، إذ لا يلزم في لزوم الشرط بقاء كل متعلق العقد.

نعم يمكن أن يقال: إن للمشروط عليه أن يبطل بعض الشرط إذا بطل بعض العقد، فإن إطلاق لزوم الشرط لا يشمل إلا الشرط الذي كان في ضمن عقد كل متعلقه كان باقياً، مثلاً باع زيد للخياط مائة جريب من الأرض بشرط أن يخيط له ثوبين، فإذا ظهر الخمسون منه مستحقاً للغير كان للخياط ــ بعد أن لم يأخذ بتبعض الصفقة ــ أن يمتنع عن خياطة أحد الثوبين، لأن الشرط في الحقيقة منحل إلى كون كل ثوب في مقابل نصف المبيع، فتأمل، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٤٢): {لو قال} لغيره فيما كان الغير بالغاً عاقلاً جامعاً لسائر الشرائط: اعمل كذا من جرح نفسه، أو هدم داره، أو إتلاف متاعه، وكان ذلك جائز شرعاً لذلك الغير، قبال ما إذا كان حراماً عليه، مثل أن يكون اللازم إخراج الدم من جسده وإلا مات مثلاً، أو كان بقاء داره هلكة له، لأن الظالم أمر بذلك، فإذا لم يطعه قتله، أو كان بقاء متاعه سبباً لبطئه عن الحركة مما يسبب بقاءه في الصحراء وافتراس الأسد له.

فهو على قسمين: لأنه إما أن يأمره بذلك بدون أن يظهر التحمل لضرره، ولا ينبغي الإشكال في أنه لا يضمن ذلك، للأصل بعد عدم وجود الدليل للضمان، بل وإن كان لولا تشويق الأمر لم يفعل المأمور ذلك، إذ مجرد التشويق لا يسبب الضمان.

نعم فيما كان السبب أقوى من المباشر، كقول الطبيب للمريض اشرب هذا الدواء، فشرب فعطب فمات كان ضامناً، كما ذكرناه بتفصيله في كتاب الديات.

وكذا إذا قال لمجنون أو سكران أو شارب مرقد أو نام نوماً مغناطيسياً أو لطفل أو ما أشبه، مما عد السبب بنظر العرف أقوى من المباشر.

وإما أن يأمره بحيث إنه لو لا الأمر لم يفعله، كما لو قال: {عند خوف غرق السفينة}، أو سقوط الطائرة، أو وقوف السيارة في محل الخوف لنوئها عن السير بالأحمال الثقيلة، وكذلك في حمل الدابة: {ألق متاعك في البحر} أو على الأرض

وعليّ ضمانه، صح بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه وهو الدليل عندهم

{وعليّ ضمانه} أو بدله أو ما أشبه مما يفيد فائدته ولو بالإشارة المفهمة {صح بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه} وقد ذكره الشيخ والفاضلان والشهيدان وغيرهم في كتاب الديات، ونحن أشرنا إلى المسألة هناك.

وفي كشف اللثام بلا خلاف إلا من أبي ثور، كما في المبسوط والخلاف، وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل وبين غيرنا إلا من أبي ثور، وعن المبسوط نفي الخلاف فيه، وعن الخلاف إن عليه إجماع الأمة عداه.

وهذا هو الذي قرره كافة المعلقين لسكوتهم على المتن، عدا السيد البروجردي فقال عند قول المصنف (فلا يصح): وهو الأقوى، بل الأول أيضاً موضوعاً وحكماً محل تأمل.

{وهو الدليل عندهم} بالإضافة إلى ما ربما يستدل له بأنه مقتضى احترام المال عرفاً، وحيث إن الشارع احترم المال كان لازمه أن يجعل الضمان على الآمر، وبأنه مقتضى العرف والشارع لم يردع عنه فهو تقرير منه، وبأنه مثل إتلاف وقت الغير بالأمر، حيث يوجب الضمان، فإذا قال لإنسان: اكنس الشارع وعليّ بدله، كان عليه، لأنه قد أتلف وقته، وكذلك إذا قال: ألق متاعك، وبأنه نوع من العهد، والعهد واجب الوفاء لقوله سبحانه: ﴿إِنَّ الْعَهْدَ كانَ مَسْؤُلاً﴾[1].

والفرق بين الوعد مما لا يجب العمل به على المشهور، والعهد الذي يجب

(١) الإسراء: الآية ٣٤.

العمل به أن الأول بدون مقابل والثاني بمقابل، فإذا قال: وعدتك أن آتيك كان وعداً، وإذا قال: أعاهدك إن فعلت كذا أعطيتك كذا، كان لازماً.

وفي المستمسك يحتمل أن يكون عقداً، ويكون قبوله فعلياً وهو الإلقاء، وأن يكون قولياً كما إذا قال: قبلت، فيلزمه الإلقاء عملاً بالعقد، ولا يلزم في الصورة الأولى لعدم تحقق القبول، ويحتمل أن يكون إيقاعاً نظير: خط ثوبي ولك درهم، أو رد عبدي ولك نصفه، وهذا هو الأقرب، انتهى.

أقول: الأقرب أنه وإن كان عقداً لم يكن لازماً، فإذا قال: قبلت، لم يلزم الوفاء لأصالة عدم اللزوم، وإنما قال (نظير) للفرق بين المقامين، حيث إن المال في (ألق) مقابل ما أتلف من ماله، في (خط) مقابل العمل، نعم إذا كان المال في (ألق) مقابل عمل الإلقاء، كان المقامان من باب واحد.

وكيف كان، فقد يستدل للمقام أيضاً بأنه حق عرفاً، فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1].

ولو كان السبب أقوى من المباشر عرفاً دخل في تلك المسألة، كما إذا أجبره الآمر، أو كان المأمور طفلاً أو مجنوناً أو ما أشبه، وقد يستدل له بأنه نظير ضمان الشاهد ما تلف بسببه من نفس أو مال أو عرض، حيث وردت الأدلة وقام الإجماع على ضمانه.

ومنه يعلم وجه ضمانه في المقام إذا قال لغيره: ألق زيداً في البحر، حيث كان الآمر أقوى من المباشر.

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح٥.

وأما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحة أخرى من خفة السفينة أو نحوها، فلا يصح عندهم ومقتضى العمومات صحته أيضاً.

{وأما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحة أخرى} عقلائية {من خفة السفينة أو نحوها} كسرعة سيرها حيث تخف، والوصول الأسرع مطلوب عقلائياً، إلى غير ذلك من الأمور العقلائية، {فلا يصح عندهم} كما هو المشهور الذي ذكره المبسوط والشرائع والقواعد والمسالك وغيرهم، وعن الإيضاح: لو خلي عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعاً، بل عن الأول الإجماع عليه.

{و} لكن {مقتضى العمومات صحته أيضاً} فإن الأدلة السابقة آتية هنا، بل في بعض الحواشي أن السيرة القطعية العقلائية قائمة على الصحة.

أقول: الظاهر أنه إن كان العمل حراماً وعلم المأمور بذلك، لم يكن على الآمر الضمان، لأن الأدلة المتقدمة لا تشمله، فهو مثل أن يقول زيد لعمرو: اقطع يدك وعلي ديتها، وعلم عمرو بحرمة القطع، فإن دليل العقد ودليل العهد والسيرة ولا يتوى وما أشبه لا يشمل ذلك.

وأما إذا كان العمل حلالاً، أو حراماً ولم يعلم بالحرمة المأمور، كان على الآمر الضمان، فإنه مثل خطأ القاضي والشاهد، حيث إن الجلاد لو أجرى القتل ونحوه كان العمل حراماً، لكن لا شيء على الجلاد المجري، بل الدية ونحوها على القاضي من بيت المال أو الشاهد، ولذا قال في المستمسك: وإذا لم يترتب عليه فائدة لم يجز مع الضمان وبدونه، وإذا أمره آمر على شرط الضمان فالضمان باطل، لأنه تعويض على الحرام، وتضييع المال، ولا يبعد

أن تكون هذه الصورة مورد القول بالمنع ومورد الإجماع عليه.

أقول: والظاهر أن قول المصنف بالصحة ناظر إلى ذلك، فإشكال المستمسك عليه بأن إطلاقه الصحة عملاً بالعمومات غير ظاهر، واللازم التفصيل بين صورة وجود الفائدة العقلائية وعدمه، انتهى، محل نظر.

ثم إنه لو قال لصديقه: اهدم دارك لتبنيها من جديد، أو قال: انكح امرأة بمهر كذا، أو أعتق عبدك، أو طلق زوجتك، أو ألق متاعك في البحر، أو ما اشبه ذلك، ففعل ما أمره لم يضمن الآمر، إذ لا وجه للضمان، سواء قصد المأمور كون ضمانه على الآمر أم لا، إذ لا ضمان على أحد بقصد إنسان آخر.

نعم لو قال: أهدم دارك علي، أو بمهر كذا علي، أو ما أشبه، كان عليه، لما تقدم من الأدلة في ألق متاعك علي.

ولو ظن الفاعل أنه ضمن ذلك لم ينفع، لأن الظن لا يوجب الضمان، وقاعدة الغرور لا مجال لها لأن القائل لم يغر، وإنما ظن الفاعل، فهو كما إذا قال له: توضأ، فظن أنه قال له: ألق متاعك، فإن الظن لا يوجب كون القائل غاراً.

ولذا قال في الشرائع: إذا كان خوف على السفينة فقال لصاحب المتاع: ألق متاعك، واقتصر على ذلك، فألقى المتاع صاحبه، لم يرجع على القائل، وليس عليه ضمانه.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالشيخين والفاضلين وثاني الشهيدين وغيرهم للأصل، كما لو قال: أعتق عبدك، فأعتقه،

أو طلق زوجتك، فطلقها، انتهى.

ولو قال للطبيب: عالجني، أو للحلاق: أحلق رأسي، أو للبناء: ابن دارى، أو قال لهم: عالج هذا الفقير، أو أحلق رأسه، أو ابن داره، فمقتضى القاعدة الضمان، لأن الآمر بأمره استوفى وقت غيره في المقامين، ولا فرق بين أن يصرف وقته لنفس الآمر، أو لمن أمره الآمر.

ومثله لو قال للخباز: أعطه خبزاً، أو أعطني خبزاً، إلى غير ذلك، لأنه استوفى مال المأمور في كلا الحالين.

نعم لو قصد الآمر أمره بالخير، أي عالجني قربة إلى الله، أو أعطه خبزاً قربة إليه تعالى، لم يكن وجه للضمان، وكذا الحال لو قال له: أد دينه، أو أد ديني.

والحاصل: إن المأمور قد يقصد التبرع، سواء للآمر، أو للمأمور له، وسواء في عمله كالبناء، أو في ماله كالخباز، وسواء يعود النفع لأحدهما، أو يعود إلى نفس المأمور، كما إذا كان المأمور راكباً في السفينة المشرفة على الغرق، فقال له من على الشاطئ: ألق متاعك في البحر، أو يكون حاجة للآمر، كما إذا قال عابر شارع لكناس: اكنس الشارع.

ففي كل هذه الصور إذا قصد المأمور التبرع لم يضمن الآمر، سواء قصد الآمر الضمان، أو التبرع، أو لم يقصد شيئاً، بل ولو قال: (علي).

وقد لا يقصد المأمور التبرع، بل الضمان، فإن صدق على الآمر (من أتلف مال الغير) أو (من أتلف وقت الغير) لأن الوقت محترم أيضاً، أو (من استوفى مال غيره لنفسه أو لغيره) أو (من استوفى وقت الغير) ضمن، لأنه مشمول لدليل احترام مال

الناس[1] ووقتهم، ولو بالملازمة العرفية، وإلا لم يضمن للأصل.

ومنه يعلم عدم ضمانه إذا قال له: أدّ دينك، أو قال له: ألق متاعك في البحر، فيما كان المأمور وحده راكباً في السفينة مما يخشى منه تلفه، وكان الآمر على الشاطئ، إلى غير ذلك من الأمثلة.

نعم إذا كان الأمر لمصلحة المأمور، أو غيره مما كان واجباً على المأمور لم يكن ضمان، فإنه لا ضمان إذا فعله نفس الأمر، فكيف إذا أمر المأمور، كما إذا قلع لوح السفينة لئلا تؤخذ غصباً، كما في قصة موسى (عليه السلام)، أو قطع الطبيب يد المجزوم خوفاً من سراية الجذام حتى يهلكه، أو كان راكباً في السفينة فرآى أنها مشرفة على الغرق من جراء ثقل متاع زيد، فألقاه بنفسه في البحر، أو أمر مالكه بالإلقاء، أو أمر الثالث بذلك، إلى غيره من الأمثلة.

والكلام في المقام طويل نكتفي منه بهذا القدر.

ومما سبق ظهر أنه ليس من الضمان العقدي مثل هذه الضمانات، وإنما ذكرها المصنف هنا استطراداً، والله سبحانه العالم.

---

(١) المستدرك: ج٤ ص١٤٦.

تتمة

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية أن ما ذكروه في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له، وأنه أعم من ذلك حسب ما فصل.

تتمة

{قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية، أن ما ذكروه في أول الفصل من تعريف الضمان} المصطلح {وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى} ذمة {أخرى، وأنه لا يصح} الضمان {في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان} إلى غير ذلك {لا وجه له}، بل الضمان المستفاد من الأدلة يشمل غير ما ذكروه أيضاً {وأنه أعم من ذلك} المذكور {حسب ما فصل}، وحيث قد تقدم الكلام في كل ذلك فلا داعي إلى إعادته.

ثم حيث إن المسائل الآتية مرتبطة بالمنازعات والشبهات الموضوعية جعلها مسائل مستقلة، فقال:

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله، وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له، لأصالة بقاء ما كان عليه، ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره

(مسألة ١): {لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان، فادعى} المضمون عنه {أنه ضمنه ضامن} فبرأت ذمته، ولا حق للمضمون له في مراجعته {وأنكره المضمون له} بل قال: إن ذمته مشغولة، فله مراجعته دون سواه، {فالقول قوله} أي المضمون له، فله مطالبة المضمون عنه، لأصالة عدم الضمان، فإذا جاء المضمون عنه بالبينة فهو، وإلا حلف المضمون له وأخذ المال من المضمون عنه.

نعم لو علم المضمون عنه بالضمان كانت دعواه في نفسه باطلة، ولا يحق له التصرف في المال.

{وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له} وقال: إنما ضمن بعض الديون، فلي حق الرجوع في البعض الآخر إلى المضمون عنه، فإن القول قول المضمون له، لأن الأصل عدم ضمان تمام الديون {لأصالة بقاء ما كان عليه} في كلا الفرعين.

{ولو اختلفا} المضمون عنه والمضمون له {في إعسار الضامن حين العقد} فلا يصح ضمانه مع جهل المضمون له {ويساره} بأن ادعى المضمون عنه اليسار فانتقل المال إلى ذمته، ولا حق للمضمون له في الرجوع إلا إلى الضامن،

وقال المضمون له: بل كان معسراً، وأنا لا أعلم بذلك فلي حق الرجوع إلى المضمون عنه، {فادعى المضمون له إعساره، فالقول قول المضمون عنه} لأصالة الصحة واللزوم في العقد والإيقاع، ومدعي البطلان بحاجة إلى الدليل.

ولا ينفع الاستصحاب لو كان سابقاً معسراً، فإن الاستصحاب لا يقاوم أصالة الصحة واللزوم بعد الوقوع، فإذا عقدا وبعد مدة شكا، أو ادعى أحدهما أن أحدهما كان حال العقد صغيراً، أو كان صبيحة عقده سكراناً حتى يستصحب السكر الموجب لسلب العبارة أو ما أشبه، كان الأصل الصحة، والذي يريد البطلان عليه الاستدلال.

وكذا لو عقد على امرأة وشك بعد مدة هل كان حال العقد متزوجاً بأختها، حيث كان سابقاً متزوجاً بأختها متعة، لكن لم يعلم هل بقي زواجه بها إلى حين عقد الثانية حتى يبطل عقد الثانية، لم يستصحب بما يوجب البطلان، إلى غير ذلك من موارد استصحاب حالة توجب بطلان العقد أو جوازه.

ومنه يعلم وجه سكوت ابن العم وجماعة من المعلقين على المتن، خلافاً للسادة الوالد والبروجردي والحكيم، حيث قال الأول: ما لم يثبت سبق إعساره، وقال الثاني: إذا لم يكن مسبوقاً بالإعسار، وقال الثالث: كأنه لأصالة اللزوم لكن الظاهر أنه مع سبق إعسار الضامن يجري استصحابه فيثبت إعساره حال الضمان فيكون مدعيه منكراً لا مدعياً، إلى آخر كلامه.

وعليه، فلا اعتبار بالأصل، سواء كان مسبوقاً باليسار، أو العسر، أو مجهول الحال مطلقاً، أو مجهول الحال لتوارد الأمرين عليه و لم يعلم تقدم وتأخر أيهما.

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها.

{وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه، فإن القول قول المضمون عنه} لأصالة عدم اشتراط الخيار، ولا يخفى أنه إنما جعل الأصل للمضمون عنه لأنه يدعي عدم الخيار غالباً.

أما لو ادعى هو الخيار ـــ لأنه حقيقة يرى ذلك، أو لمصلحة له في الخيار بالنسبة له ـــ وأنكره المضمون له، كان الأصل مع المضمون له.

والحاصل: إن الأصل مع منكر الخيار.

وكذا إذا اتفقا في أصل الخيار، لكن اختلفا في مدة الخيار، فإنه مع مدعي الزمان الأقل، كما هو واضح.

{وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها} فالأصل مع مدعي الصحة، لما ذكروه في كتاب المكاسب من الدليل القائم على أصالة الصحة في كل عقد وإيقاع شك في صحته وبطلانه.

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً، أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين

(مسألة ٢): {لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان}، فقال الثاني: أنت ضمنت، وقال الأول: لم أضمن {أو في ثبوت الدين وعدمه} فقال الضامن: لم يكن دين على المضمون عنه حتى ينتقل إلى ذمتي، وقال المضمون له: بل كان دين فأنت الآن مدين، {أو في مقداره} فقال الضامن: كان الدين مائة، وقال المضمون له: بل مائتين.

{أو في مقدار ما ضمن} فقال المضمون له: ضمنت كل الدين، وقال الضامن: بل نصفه.

{أو في اشتراط تعجيله} فقال الضامن: ضمنته مؤجلاً كما كان، وقال المضمون له: بل ضمنته معجلا.

{أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً} بأن كان أجله شهراً، فقال المضمون له: ضمنته إلى عشرة أيام، وقال الضامن: بل كما كان، أو إلى عشرين يوماً.

{أوفي اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين} وذلك لصحة الشرط في عقد الضمان، لإطلاق أدلة الشرط، كما إذا قال المضمون له: اشترطت أن يعطيني الضامن الدنانير التي على المضمون عنه جدداً، وقال الضامن: لم يكن هذا الشرط.

فالقول قول الضامن.

ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً، أو وفاءً، أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شيء على المضمون له

{فالقول قول الضامن} المنكر لكل ذلك، لأصالة عدم الضمان الذي يدعيه المضمون له، ولأصالة عدم الدين الذي يدعيه، ولأصالة عدم الزيادة التي يدعيها، ولأصالة عدم الضمان في الزائد الذي يدعيه، ولأصالة عدم اشتراط التعجيل الذي يدعيه، ولأصالة عدم اشتراط تنقيص الأجل الذي يدعيه بكلا شقيه، ولأصالة عدم اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين.

{ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً}، بأن كان الدين حالاً فادعى الضامن أنه اشترط تأجيله، أو كان مؤجلاً أجلاً قليلاً فادعى الضامن تأجيله أجلاً أكثر، ولذا قال: {أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً، أو} ادعى الضامن {وفاءً} أي أنه أعطى المضمون له المال، فهو يريد أخذه من المديون، المضمون عنه.

{أو} ادعى الضامن {إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه} فلا يطالبه المضمون له بشيء، {أو} ادعى الضامن {تقييده} أي الضمان {بكونه من مال معين والمفروض تلفه} فبطل الضمان وبرأت ذمته من المال.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط خيار الفسخ للضامن} فأخذ بالخيار فعليه الرجوع إلى المضمون عنه لأنه إذا بطل الضمان رجع الدين إلى ذمة المضمون عنه.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط شيء على المضمون له} كأن شرط الضامن

أو اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين، قدم قول المضمون له.

على المضمون له أن يخيط ثوب الضامن، فهو يطالبه بشرط، والمضمون له ينكر الشرط المذكور.

{أو} ادعى الضامن {اشتراط كون الضمان بما يسوى أقل من الدين} فلا حق للمضمون له في أكثر من ذلك.

{قدم قول المضمون له} المنكر للتأجيل، ولزيادة الأجل، أو أن الضامن وفى كله أو بعضه، أو أن المضمون له أبرأه، أو أن الضمان كان مقيداً بمال معين، أو قال إنه كان مقيداً ولكنه لم يتلف ذلك المال المعين، أو أنه لا خيار للضامن، أو لأنه لا شيء قرر عليه من الشرط، أو أنه لم يقبل بأن يكون الدين أقل، كل ذلك لأصالة عدم ما يدعيه الضامن، فهو مدع لا بد عليه من البينة، فإذا لم تكن له بينة حلف المضمون له، وكان الحق معه.

ومن هذه المسائل تفرع سائر أقسام ادعاء الضامن، وإنكار المضمون له.

كما أنه لو كان الأمر من التداعي جرت قواعده، مثل أن يسلم كلاهما بأن الضمان من مال معين، لكن قال أحدهما: إنه من هذا المال المعين، وقال الآخر: إنه من المال المعين الآخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه، أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط شيء على المضمون عنه أو اشتراط الخيار للضامن

(مسألة ٣): {لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه} فادعى الضامن أن المضمون عنه أذن، فإذا أدى الدين رجع إلى المضمون عنه، وقال المضمون عنه: إنه لم يأذن له، فلا حق للضامن في الرجوع إليه.

{أو في وفاء الضامن} بأن ادعى الضامن أنه وفى، فطالب المضمون عنه بما أدى، وأنكر المضمون عنه أن الضامن وفى، {حتى يجوز له الرجوع} في صورة الإذن والوفاء {وعدمه} في صورة عدم الإذن والوفاء.

{أو في مقدار الدين الذي ضمن} فقال الضامن: أنه ضمن بإذنه مائة، وقال المضمون عنه: إن ضمانه بإذنه كان بمقدار خمسين.

{وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو} اختلفا {في اشتراط شيء على المضمون عنه} إما بأن قال: أنا أضمن عنك بشرط أن تخيط ثوبي مثلاً، فالظاهر أن الشرط واجب عليه حينئذ، وإن لم يكن المضمون عنه في طرف عقد الضمان، وذلك لما تقدم في مسألة: ألق متاعك في البحر وعليّ بدله.

وإما المراد باشتراطه عليه في ضمن عقد خارجي، وبهذا فسره السيدان البروجردي والحكيم، وتبعهما غير واحد من المعلقين.

{أو اشتراط الخيار للضامن} فقال الضامن: إنه اشترط لنفسه الخيار، وقد فسخ عقده فرجع المال إلى ذمة المضمون عنه، وأنكر ذلك المضمون عنه

وقال: إن ذمة الضامن مشغولة، لأنه لم يشترط الخيار.

{قدم قول المضمون عنه} لأنه ينكر الإذن في الأول، وينكر الوفاء في الثاني، وينكر الزيادة في الدين في الثالث، وينكر اشتراط شيء عليه في الرابع، وينكر اشتراط الخيار للضامن في الخامس، والأصل يوافق كل ذلك، فإن الأصل عدم الإذن وعدم الوفاء وعدم زيادة الدين وعدم اشتراط شيء عليه وعدم اشتراط الخيار للضامن، فيكون منكراً، والقول قوله إذا لم يقم طرفه البينة.

أما قول المستمسك: لأنه يدعي عدم الإذن في الفرض الأول إلى آخره مما سمى كل ذلك ادعاءً، فهو تعبير عرفي، لا أنه أراد الادعاء الذين يقولونه في كتاب القضاء في قبال المنكر، كما هو واضح.

ثم إنه قد ذكر المصنف في الفرض الثاني أنه لو اختلف الضامن والمضمون عنه في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع، وعدمه حتى لا يكون له الرجوع، قدم قول المضمون عنه، وهل يختلف الأمر فيما إذا أنكر المضمون له قول الضامن أو أقر به، أو سكت ولم يرد ولو لموت ونحوه، أو لا يختلف، كما أطلق المصنف وتبعه غالب المعلقين، كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم، احتمالان.

قال القواعد: يحتمل عدم سماع إنكار المضمون عنه فيما إذا أقر المضمون له بالوفاء، لسقوط المطالبة بالإقرار الذي هو أقوى من البينة، كما احتمل السماع

أيضاً لأن قول المضمون له ليس حجة.

وأشكل على كلا الاحتمالين محكي جامع المقاصد، أما عدم السماع بأن الإقرار إنما يقتضي سقوط المطالبة ظاهراً لا واقعاً، إذ من الجائز كذبه في الإقرار فيكون دينه باقياً وتجوز مطالبته، وأما السماع فلأن المضمون له إذا لم يطالب لم يؤد الضامن شيئاً، فكيف يأخذ شيئاً من المضمون عنه.

أقول: إذ ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون عنه، ووافقه في الإنكار المضمون له، فلا إشكال في أن القول قول المضمون عنه، لأنه لا شيء في قبال إنكار المضمون عنه، وكذا إذا سكت المضمون له ولو لموت ونحوه، وأما إذا ادعى الضامن الوفاء ووافقه المضمون له، وأنكر المضمون عنه، فهنا أمران:

الأول: الحكم ظاهراً، وهنا يكون الحق مع المضمون عنه، إذ ليس الإقرار من المضمون له من الأدلة، فإن إقراره مثبت في حق نفسه، لا في حق غيره، والقول بأن الإقرار أقوى من البينة غير ظاهر الوجه، فإن كل لوازم البينة حجة، بخلاف كل لوازم الإقرار، ولذا تقدم البينة على الإقرار إذا تعارضا، كما ذكرناه في كتاب الشهادات.

والثاني: الحكم واقعاً، وفيه يكون الأمر مدار الوفاء وعدمه، والإقرار لا يؤثر في تغيير الواقع، ولذا لو توافق المضمون عنه والمضمون له بأن الضامن وفى، وهو يعلم عدم وفائه لم ينفع توافقهما في براءة ذمة الضامن، وعدم

ولو اختلفا في أصل الضمان، أو في مقدار الدين الذي ضمنه، وأنكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن.

جواز مطالبته المضمون له ظاهراً بعد إقراره لا يسقط حقه واقعاً.

نعم، ورد أن الحلف تسقط الحق، بمعنى أنه لا يحق له أن يطالب بعد أن حلف غريمه، وذلك ثبت بدليل خاص على خلاف القاعدة، وعدم الحق في المطالبة لا يسقط الحق واقعاً، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «اقتطعت له قطعة من نار».

{ولو اختلفا في أصل الضمان} فادعى المضمون عنه الضمان، فلا يحق للمضمون له مطالبة المضمون عنه، {وأنكر الضامن} الضمان {أو} اختلفا {في مقدار الدين الذي ضمنه} فادعى المضمون عنه أن الدين مائة، وادعى الضامن أنه خمسون مثلاً، {وأنكر الضامن الزيادة، فالقول قول الضامن} لأن قوله موافق للأصل، لوضوح أن الأصل عدم الضمان، وعدم الزيادة.

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة، ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين، لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً، نعم لو كان مدعياً مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمان، و لم يكن منكراً لأصل الدين

(مسألة ٤): {إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى} المضمون له {الحق منه بالبينة} أو بالبينة واليمين، لما حقق في محله من ثبوت الحقوق المالية بالشاهد ويمين صاحب الحق، {ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن، أو} المنكر {الدين} لأنه قد ينكر أصل الدين، وقد ينكر الإذن مع قبوله الدين.

أما إذا أنكر الدين وأثبت الإذن، كما إذا ادعى المضمون له الدين على المضمون عنه وخاف من سمعته، فقال للضامن اضمنه فضمنه وأداه، كان للضامن الرجوع، لأنه مثل أن يقال له: أعط ديناراً للفقير وعليّ بدله، وإن لم يكن من حقيقة الضمان في شيء.

{لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً} حيث إنه يقر بأن لا دين على المضمون عنه، أو أنه لم يأذن له في الضمان، فكيف يكون له أن يأخذ المال من المضمون عنه.

{نعم لوكان مدعياً مع ذلك} الذي يعترف بأنه لا ضمان {للإذن} من المضمون عنه، له {في الأداء بلا ضمان} عقدي ينقل المال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن {ولم يكن منكراً لأصل الدين} بل قد عرفت أنه يصح مع إنكاره

وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان، جاز له الرجوع عليه، إذ لا منافاة بين إنكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم، غاية الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان، فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعي

أصل الدين أيضاً، لأنه دفعه بإذن المضمون عنه، فالمضمون عنه ضامن للمؤدي.

{وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان} بل بالإذن فقط كما عرفت وجهه {جاز} أي حق {له الرجوع عليه} وإنما حق للمعطي الرجوع {إذ لا منافاة بين إنكار الضمان وادعاء الإذن} من المضمون عنه {في الأداء}.

وتحصل أن مقتضى القاعدة أن الضامن لو أنكر الضمان واعترف بإذن المضمون عنه له في الأداء، واعترف المضمون عنه أنه أذن له في الأداء، فأخذ المضمون له المال عن الضامن بالبينة، حق للضامن الرجوع إلى المضمون عنه، لأن المضمون عنه أذن له في إعطاء المال.

{فاستحقاقه الرجوع} إلى المضمون عنه {معلوم} لأنه أدى بإذنه {غاية الأمر أنه} أي الضامن {يقول إن ذلك} طلبه من المضمون عنه {للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان} أو للإذن في الأداء إذا قال المضمون عنه: إنه لم يكن مديوناً، ولكنه أذن له في الأداء خوفاً من سمعته، حيث إن المضمون له يطلبه بشدة وعنف.

{فهو كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً، والمدعي

ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم}.

وقد أكثر المعلقون الكلام حول ما ذكره، خلافاً للسيدين الوالد والبروجردي حيث سكتا على المتن، فقال السيد الجمال: لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش، ولعله أراد ما ذكرناه من عدم الاحتياج إلى بعض القيود، وقال بعضهم: إن للضامن الرجوع إذا أداه بقصد ما أذن له، وأما إذا أخذه منه قهراً من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعه عليه، لاعترافه بأن الدين باق بحاله والمال مأخوذ غصباً.

أقول: إذا لم يقصد إذن المضمون عنه لم يفعل أمره فلا حق له في الرجوع عليه، فهو كما إذا أمره ببناء داره، لكنه لم يبن انطلاقاً من أمره، بل جبره جابر بالبناء، حيث لا حق له في الرجوع إليه، اللهم إلا إذا كان لعمله قيمة في البناء حيث يشترك معه بمقدار قيمة عمله، أو أمره بقراءة سورة من القرآن له أجرة، لكنه لم يقرأها انطلاقاً من أمره، بل من جبر جابر، حيث ليس له الرجوع إلى الآمر.

أما قول السيد ابن العم ومعلق آخر عند قوله (جاز له الرجوع إليه): مقاصة، أي لما أخذ منه قهراً، فنقول: لا وجه للتقاص إذا لم يعترف المضمون عنه بالدين، وإن أذن له في الأداء إذا لم يؤد بعنوان أمره.

واما إذا اعترف بالدين وأذن له في الأداء، وأخذ المضمون له منه قهراً بدون

قصده الأداء، فهناك طلب من الضامن عن المضمون له الغاصب الآخذ قهراً، وطلب من المضمون له عن المضمون عنه، حيث يعترف المضمون عنه بأن المضمون له يطلبه، فيصح أن يتراضى الضامن والمضمون عنه بأن يكون ما أخذه المضمون له من الضامن في قبال ما أخذه المضمون عنه من المضمون له، وهذا وإن كان نوع تقاص لكنه يحتاج إلى التراضي، ولا يكفي فيه إذن المضمون عنه للضامن في أداء الدين، لأنه لم يؤد الدين بل أخذ منه جبراً.

ومما تقدم تعرف وجه قول المستمسك بأن الإذن في الأداء إنما يقتضي جواز الأداء لا وجوبه، كما لا تقتضي ولاية الدائن على الآخذ من المديون ولا جواز إجباره على الأداء، فإذا أجبر على الأداء لم يكن الأداء صحيحاً. (أقول: أي إذا لم يقصد الأداء) بل المال باق على ملك المالك، ولا يدخل في ملك الدائن، فكيف يجوز الرجوع على المضمون عنه بعد الأداء الإجباري إذ الرجوع إنما يكون إذا كان الأداء صحيحاً مفرغاً لذمة المضمون عنه، والحال أن هذا الأداء كلا أداء. نعم إذا رضي به بعد ذلك، بناءً على صحة احتساب دينه على الغاصب وفاءً على دين الغاصب على شخص آخر، جاز رجوعه على الإذن، إلى آخر كلامه، انتهى ملخصاً.

بقي شيء، وهو هل أن مثال المصنف صحيح في نفسه، أم محل تأمل؟

لأن المدعي إذا أنكر القرض وقال: إنه ثمن المبيع، والمطالب ينكر ثمن المبيع، حق للمدعي أن لا يدفع المال إليه، لأنه لم يثبت عليه القرض

ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه

الذي يدعيه المطالب فيحلف على عدمه، والمطالب لا يأخذه ثمن المبيع، لأنه يعتقد أنه ليس ثمن المبيع. نعم حق له أن يأخذه مقاصة، حسب اعتقاده، وفي مثل هذه الموارد لم يعلم أنه يكفي الجامع، كما في باب الشهادة، فلو شهد اثنان بسرقة الكتاب ليلاً، وآخران بسرقته نهاراً.

لا يقال: إن الجامع مقطوع، فعليه الرد والحد، إلى غير ذلك من الأمثلة مما تعرضنا له في كتاب الشهادات، فتأمل.

ثم إنه قد تقدم من المصنف فرع فرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً {و} كذا ذكر هنا فرع ما {لو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة، فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه}، وذلك لعدم الفرق بين اعتراف المضمون عنه، وبين قيام البينة بوجود الدين والإذن في الضمان، لأن البينة قائمة مقام الاعتراف، ويأتي هنا كل ما تقدم من الكلام في الفرع السابق.

وبذلك يظهر الإشكال في جملة من التعليقات، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وآخرون، وقد أطال المستمسك الكلام في المقام، وفيه مواقع للنظر، كما لا يخفى على من راجعه مع ملاحظة ما تقدم.

وهل يجوز للشاهدين على الإذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن في الضمان أو كونه الإذن في الأداء، الظاهر ذلك، وإن كان لا يخلو عن إشكال

{وهل يجوز للشاهدين على الإذن} من المضمون عنه {في الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن} فقط {من غير بيان كونه الإذن في الضمان} حتى يكون ضامناً وتفرغ ذمة المضمون عنه بضمانه.

{أو كونه الإذن في الأداء} حتى يبقى الدين على المضمون عنه، وإنما يكون المأذون مأذوناً بالدفع فقط من غير اشتغال ذمة المأذون، لأنه ليس بضامن حينئذ؟

{الظاهر ذلك} لأن لكلا الإذنين أثر، وإن اختلفت الآثار، فإن المأذون إذا دفع له الرجوع إلى المضمون عنه على الأول من باب الضمان، وعلى الثاني من باب أنه استوفى المال من المأذون، فهو كما إذا قال له: أعط الفقير درهماً، كما تقدم في مسألة: ألق متاعك في البحر.

{وإن كان لا يخلو عن إشكال} باعتبار أن مجرد الإذن لا يدل على الضمان، ولا على أنه إذن من قبيل أعط الفقير، فلعله كان إذناً في التبرع بدون تحمل البدل، من قبيل افعل كذا قربةً إلى الله تعالى.

ومن ذلك يعرف أن القاعدة: التفصيل في سماع الشاهدين إذا كان كل طرف له أثر، وعدم سماعهما إذا كان بعض الأطراف لا أثر له، وكأن السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال فهموا الأول، ولذا سكتوا على المتن، والبروجردي والحكيم فهما الثاني، فأشكلوا عليه.

قال أولهما: الظاهر عدم أن يكون للشاهد ذلك، إذ ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلاً

وكذا في نظائره، كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع على إشكال.

له أحكام حتى يترتب عليه أحكامه بقيام البينة عليه بدون ذكر متعلقه، وليس مثل الدين فإنه له في حد نفسه تحصلاً وأحكاماً، وليس متقوماً بأسبابه.

وقال ثانيهما: لا أثر لمثل هذه الشهادة بخلاف الدين، وإن لم يذكر السبب المقتضي له من بيع أو قرض أو غيرهما.

{وكذا في نظائره، كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد} عند نفسها {بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب} بأن يقولا إن الطالب يطلبه بكذا من المال {من غير بيان أنه للقرض أو لثمن المبيع} لأنه ليس بلازم الشهادة بكل الخصوصيات، إلا إذا كانت الخصوصيات مغيرة للحكم.

{على إشكال} في غير المغيرة للحكم أيضاً، مثلاً قد يرى الشاهد أن الوالد سرق من مال ولده، حيث التعزير لا القطع، أو يرى الشهود الأربع أن الزاني زنا بمحارمه، حيث القتل لا الجلد، وهنا ليس لهم أن يشهدوا بالسرقة المطلقة بدون ذكر أن السارق كان والداً، أو الزاني كان بالمحارم، لأنه يوجب تغيير حكم الله والإغراء بالجهل، فتقطع يد الوالد ويجلد الزاني، بينما ليس حكمهما القطع والجلد.

وقد لا تكون الخصوصيات مغيرة للحكم، كما إذا علما بأنه مديون لزيد من باب إرثه أبيه، لا من باب ثمن المبيع، فقالا إنه

مديون كذا بدون ذكر الإرث، فإنه لا بأس بمثل هذه الشهادة لأنه لا تغير الحكم.

ولعل وجه قول المصنف: (على إشكال) أن الشاهد يجب عليه أن يشهد بكل الخصوصيات، لأنه المنصرف من (أقيموا الشهادة لله)، كما أنه المنصرف من (لا يأب الشهداء إذا ما دعوا)، لكن الظاهر أن الانصراف بدوي، ولذا قال بعض المعلقين: الشهادة على أصل الدين من دون ذكر السبب، لا إشكال فيه ظاهراً.

ومما تقدم في أداء الشهادة من جهة ذكر الخصوصيات وعدمه، يظهر حال تحمل الشهادة وأن اللازم تحقيق الشاهد عن الخصوصيات إن كانت الخصوصيات تغير الحكم، بينما أراد الشهادة بعد ذلك، كما إذا شهد سرقة، فاللازم أن يحقق هل أنه والد أم لا، إذ لا حق في الشهادة المضللة إذا كانت شهادته توجب الضلال، بأن لا يتمكن الحاكم من التحقيق أو ما أشبه ذلك، وإذا شهد عند الحاكم بما يتردد بين القطع والتعزير أو الجلد والقتل كما تقدم في المثالين، رتب الحاكم الأثر المقطوع، إذا لم يقدر على تحقيق الحال، بأن يعزره مثلاً على كل حال، إذ تركه بدون عقاب مقطوع العدم، وحيث لا يعرف قدر العقاب يتمسك بإطلاقات أدلة العقاب. أما الجامع بين الأمرين، مثل سقوط العدالة عن الزاني، فهو مرتب على كل حال.

والمسألة بحاجة إلى التفصيل مما لا يسعه المقام، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف، ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه وتقبل شهادته له بالأداء

(مسألة ٥): {إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له و} كانت للضامن بينة كان القول قول الضامن ووجب على المضمون عنه إعطاؤه ما أدى، لأن البينة مقدمة على إنكار المضمون له كما هو واضح.

وإن لم تكن للضامن بينة و{حلف} المضمون له على عدم الوفاء {ليس له} أي للضامن {الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه} المضمون عنه {في ذلك} الوفاء، لعدم ثبوت الأداء، بل ثبوت عدمه فلا وجه لرجوعه إلى المضمون عنه.

{وإن صدقه} المضمون عنه {جاز} أي حق {له الرجوع إذا كان بإذنه} لأن المضمون عنه أقر بأنه أدى فاستحق عليه البدل، وإن كان المضمون له كذبه وحلف مما كان الحكم أداؤه إليه، إذ تصديق المضمون عنه للضامن لا يثبت على المضمون له أنه أخذ المال.

{وتقبل شهادته} أي المضمون عنه {له} أي للضامن {بالأداء} إذا كان المضمون عنه أحد شهود الأداء، وذلك لأن المديون الآن بعد الضمان الضامن، ويكون المضمون عنه كالأجنبي، وإن كان المآل إلى أخذ الضامن من المضمون عنه، فلا تدخل المسألة في من جر نفعاً، حيث لا تقبل شهادة مثله، لما ذكرناه في كتاب الشهادات من أنه ليس كلياً، بل خاص بموارد مخصوصة.

ومما تقدم ظهر أن الضامن لو ادعى الأداء فقد يكون له حجة فهو، وقد

إذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة.

لا تكون له حجة، وحينئذ فإن صدقة المضمون عنه كان له الرجوع إليه، وإن لم يصدقه كان عليه الأداء إن حلف المضمون له بعدم الأداء، وإن لم يحلف ففيه احتمالان على ما ذكروا في كتاب الشهادات، من أنه هل بمجرد النكول يكون الحق مع المدعي، أو لا يكون الحق معه إلا بحلفه اليمين المردودة، والله سبحانه العالم.

فقوله: {إذا لم يكن هناك مانع من تهمة} التواطي بين المضمون عنه والضامن على المضمون له، في شهادة المضمون عنه للمضمون له {أو غيرها} من فقد المضمون عنه بعض شروطه قبول الشهادة، إنما يتم في (غيرها) {مما يمنع من قبول الشهادة}، أما التهمة فقد عرفت الحال فيه وأنها ليست عامة تشمل كل تهمة، وإلا لم تقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر، والوارث لمورثه، إلى غير ذلك، وتفصيل الكلام في باب الشهادات.

ثم إنه لو ادعى الضامن أنه أدى و لم يمكن الاستعلام من المضمون عنه، فاللازم على المضمون عنه الأداء إن لم يعلم صدقه أو كذبه، لأن الضامن أمين ويقبل قول الأمين، منتهى الأمر أن يطلب حلفه، فإنه ليس على الأمين إلا اليمين، كما قرر في محله.

ولو ادعى الوارث للمضمون له عدم أداء الضامن، وادعى الضامن الأداء، فالظاهر أن على الضامن البينة والحلف لأنه ادعاء على الميت.

ولو ادعى الضامن الوفاء وأنكر ولي المضمون عنه فيما إذا مات، لم يكن له على الضامن إلا اليمين، فإن الأمين لم يخرج عن أمانته بموت الذي ائتمنه.

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى، جاز له الرجوع عليه

(مسألة ٦): {لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه} لم يكن من الضمان الناقل لذمة المديون إلى ذمة الضامن فهو أمر خارجي {بلا ضمان} اصطلاحي ليكون له أحكام الضمان.

{فــ} إن {وفى} والحال هذه {جاز له الرجوع عليه} إذا كان قصده إعطاءه بدله ولم يقصد المأذون التبرع، لأنه حينئذ يدخل في قاعدة (من استوفى مال غيره أو وقت غيره كان عليه بدله)، المستفادة من قاعدة احترام مال الناس وعملهم، أو كان صدق على المديون الغار ــ وإن لم يقصد إعطاء بدله ــ لقاعدة المغرور يرجع إلى من غره.

ومنه يعلم أنه إذا لم يقصد المأذون التبرع، لكن لم يقصد الآذن إعطاء بدله، ولم يكن المأذون مغروراً، لم يكن وجه لرجوع المأذون إلى المديون، لأصالة عدم ضمان المديون.

وعليه فاحتمال القواعد في المسألة محل نظر، قال: ومن أدى دين غيره بغير ضمان ولا إذن لم يرجع، وإن أداه بإذنه بشرط الرجوع رجع، ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه، إذ ليس من ضرورة الأداء الرجوع وثبوته للعادة، انتهى.

أي احتمل ثبوت الرجوع، لأن العادة تقتضي أن المديون إذا أذن أراد الرجوع عليه بعد أداء المأذون، ومثلها ما حكي عن التذكرة، بل اللازم التفصيل

ولو ادعى الوفاء وأنكر الآذن قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبله، ولو قيد الأداء بالشهادة وادعى الإشهاد وغيبة الشاهدين، قبل قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع، نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لأن الغرض من الإشهاد

الذي ذكرناه، كما أن اللازم حمل كلام المصنف والساكتين عليه كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم على ما ذكرناه.

{ولو ادعى} المأذون {الوفاء وأنكر الآذن} بصيغة اسم الفاعل، ولم يأت المنكر بالدليل {قبل قول المأذون لأنه أمين من قبله} كما في الجواهر وغيره، والأمين يقبل قوله، كما ذكرناه في كتاب الطهارة وغيرها.

نعم للآذن عليه الحلف، لأنه على الأمين {ولو قيد} الآذن {الأداء بالشهادة، وادعى} المأذون {الإشهاد} عند أدائه الدين {و} لكن ادعى {غيبة الشاهدين} حيث طلب منه أن يأتي بهما أو موتهما {قبل قوله أيضاً} لأنه أمين كما تقدم.

{ولو علم عدم إشهادة} حين الأداء {ليس له الرجوع} كما في الجواهر وغيره، لأن الإذن انتفى بانتفاء قيده، فلم يكن الدفع بإذن المديون حتى يكون للمأذون الرجوع عليه، ومثله ما لو قيد الإذن بشرط آخر وانتفى الشرط، وحينئذ كان للمأذون الرجوع بما أعطى لأنه لم يقع عن الإذن ولم يكن المعطي متبرعاً بعطائه.

{نعم لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد} أو لم يأت بالشرط الآخر المشروط عليه للوفاء {يحتمل جواز الرجوع عليه} على الآذن {لأن الغرض من الإشهاد

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه.

العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه}، والأولى أن يفصل في المسألة بأنه إن كان الإذن مقيداً لم يحق له الرجوع، لأنه لم يقع على الوجه المأذون فيه وإن حصل الغرض، وإن لم يكن الإذن مقيداً حق له الرجوع وإن لم يحصل الغرض، لأنه وقع على الوجه المأذون فيه.

ولذا أشكل على المتن السيد الجمال بقوله: لكنه ضعيف، وتعليله بحصول الغرض أضعف.

ثم إنه إذا اشترط عليه الإشهاد، فدفع المأذون المال إلى الدائن بحضور الآذن، لم ينفع في الرجوع عليه، لأنه أتى بغير الشرط، أما ما في القواعد من أنه لو كان الدفع بحضور الأصيل فلا ضمان، إذ التقصير ينسب إليه، انتهى، فهو في مسألة أخرى لا في محل الكلام.

ولو شرط عليه الإشهاد، فإن أراد مجرد حضور شاهد أو شاهدين ولو غير جامعين للشرائط فهو، وإلا لزم الإشهاد الحجة شرعاً من عادلين، أو رجل وامرأتين، وعليه يحمل كلام القواعد والتذكرة وجامع المقاصد.

قال في الأول: ولا تفريط لو أشهد رجلاً وامرأتين أو مستورين، فإنه لابد وأن يحمل على إرادة من ظاهره العدالة، كما في الحديث أن يكون ساتراً لجميع عيوبه.

قال في مفتاح الكرامة: ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك، والأقرب أنه ليس بمفرط، لأن عليه أن يشهد من يكون عادلاً

في نظر الشرع حين الإشهاد وقد فعل.

وفي المقام فروع كثيرة، نكتفي منها بما تقدم.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

قم المقدسة

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

كتاب الحوالة

كتاب الحوالة

وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة

كتاب الحوالة

بفتح الحاء على وزن غزالة، وهي مشروعة عقلاً وشرعاً.

وعن التذكرة إنها جائزة بالنص والإجماع، وعن المبسوط والسرائر إنها مشروعة بالنص وإجماع الأمة، وقد ذكر ذلك الجواهر ومفتاح الكرامة والمستمسك وغيرهم ساكتين عليه، مما يدل على أنهم موافقون للإجماع المنقول في كلام أولئك.

والمراد بكتاب الحوالة، كتاب هو حوالة، أو بطريقة الإضافة.

والحوالة كانت قبل الإسلام، وإنما قررها الشارع وزاد ونقص في بعض خصوصياتها، ولذا كان المرجع العرف إذا شك في تصرف الشارع في خصوصية، لإطلاق الدليل.

{وهي عندهم} غالباً لا جميعهم {تحويل المال من ذمة إلى ذمة}.

قال في الشرائع: فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة مشغولة بمثله، ومراده بمثله ليس لزوم التطابق حتى لا تصح حوالة مائة على من ذمته مشغولة بألف، بل المراد لزوم أن تكون تلك الذمة مشغولة بما

والأولى أن يقال: إنها إحالة المديون دائنه إلى غيره، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره، وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان

لايقل من مائة، وإنما قلنا (غالباً)، لأن العلامة لا يرى لزوم اشتغال ذمة المحال عليه مشغولة.

ولذا قال في القواعد: وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى آخرى، ونحوه المحكي عن تحريره وتذكرته، وكذا عن الوسيلة والسرائر.

{و} على هذا فـــ {الأولى} لا الأفضل، بل من قبيل ﴿أولى لك فأولى﴾ {أن يقال} في تعريفها {إنها إحالة المديون دائنه إلى غيره}، وإذا قيل بصحة الحوالة من البري إلى البريء، مثل إحالة شخص الفقير إلى غيره، كما هو متعارف، بل قد يجب إذا وقع ضمن شرط عقد ونحوه، لم يحتج التعريف إلى ذكر الدائن والمديون.

والظاهر صحة أن يحيل إلى ذمة غيره كلياً أو في عين خارجية، كما تقدم مثله في الضمان، ولعله لذا أسقط (ذمة) غيره.

{و} كيف كان، قال في مفتاح الكرامة: لما لم يشترط المصنف في الحوالة شغل ذمة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه.

قال في المسالك: لكنه وقع فيما هو أصعب من ذلك، وهو انتقاضه في طرده، وكأنه إلى رد ذلك أشار المصنف بقوله: {على هذا فلا ينتقض طرده بالضمان}، وجه الانتقاض ما ذكره بقوله:

فإنه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته، إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه.

ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ والعقل والاختيار

{فإنه وان كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته} فيشبه من هذه الجهة بالحوالة {إلا أنه ليس فيه الإحالة المذكورة} لأن التحويل والنقل إنما هو عن ذمة المحيل والمحول، والمضمون عنه ليس محيلاً ولا محولاً، والنتيجة وإن كانت نقل ما في ذمة إلى ذمة إلا أن الناقل قد يكون من شغلت ذمته كما في الحوالة، وقد يكون غيره كما في الضمان.

{خصوصاً إذا لم يكن} النقل {بسؤال من المضمون عنه} فإن الفرق أوضح، وإن كان حتى في سؤاله لا حوالة، إذ لا يحيل المضمون عنه، بل يسأل الضامن الإحالة، ولذا قال في المستمسك: لأن الذي يسأل الفعل من غيره غير فاعل، بل الفاعل هو المسؤول منه الفعل.

أقول: وما يعبر به في العرف أحياناً حيث يقال: إن المضمون عنه أحاله إلى الضامن من باب التوسعة لا الحقيقة، كما يقال للمحال عليه عند قبوله الحوالة أنه ضمنه.

{ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ} لحديث رفع القلم وحجر الغلام، إلا أن يقال: بكفاية الرشد في الجملة مما يكفي في المعاملات الجزئية، حيث تقدم كراهة معاملته لا بطلانها.

{والعقل} حيث لا تشمل الأدلة مسلوب العقل، والأدواري إنما تصح معاملاته حال إفاقته.

{والاختيار} إذ لا تصح معاملة المكرَه، وإن كان ربما يستشكل في اشتراط

اختيار المحال عليه المديون للمحيل إذا أحال عليه بمثل ما يطلبه، لأن الحوالة مثل أن يرسل وكيله إلى المديون لقبض دينه، فلا يحق للمديون أن يقول: لا أسلم الدين إلا إلى الدائن نفسه.

نعم، إذا كانت الحوالة على بريء أو بغير الجنس الذي كان مديوناً فيه اشترط رضاه، لأن كرهه خلاف دليل سلطنة الناس على أموالهم، وهو مديون بشيء فمبادلته بشيء آخر في الحوالة عليه بغير الجنس مبادلة، وفي المبادلة يعتبر رضى الطرفين.

{وعدم السفه} لأن السفيه ممنوع من التصرف في ماله، وكل من الثلاثة متصرف في ماله {في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه}.

ومنه يعلم أن قوله: {وعدم الحجر بالسفه} من غلط النساخ، والصحيح بالفلس، كما نبه عليه السادة الوالد والحكيم والبروجردي وغيرهم.

{في المحتال والمحال عليه} فإن المحتال إذا كان محجوراً لم يحق له نقل ما له على المحيل إلى المحال عليه، لأنه تصرف في ماله، والمحال عليه إذا كان محجوراً لم يحق له أن ينقل ما عليه للمحيل إلى أن يكون عليه للمحتال.

وقد أشكل على (المحال عليه) المستمسك بقوله: يشكل ذلك بأن قبوله ليس تصرفاً في ماله الذي هو موضوع حق الغرماء، وإنما هو تصرف في نفسه وفي ذمته فلا مانع منه، نعم هو تصرف مالي فلا يجوز من السفيه، ويجوز من المفلس نظير الاقتراض الذي سيذكره، انتهى.

بل والمحيل إلا إذا كانت الحوالة على البريء، فإنه لا بأس به، فإنه نظير الاقتراض منه.
أمور:
أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمة

وحاصله: إن المحال عليه نقل لذمته المشغولة بدين المحيل إلى المحتال فصارت مشغولة بدينه، وفيه: إنه نوع تصرف مالي، فيشمله دليل الحجر، كما هو كذلك في السفيه، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي وجملة آخرون من المعلقين.

{بل والمحيل}، لا حاجة إلى (بل) وكأنه جاء به بقصد ما ذكره من الاستثناء، وذلك لأن المحيل المحجور عليه في ماله لا يحق له نقل الدين إلى ذمة المحال عليه ليكون وفاؤه مما في ذمته فتكون الحوالة تصرفاً في ماله الذي في ذمة المحال عليه وهو متعلق حق الغرماء.

{إلا إذا كانت الحوالة على البريء فإنه لا بأس به فإنه} بناءً على صحة الحوالة على البريء يكون {نظير الاقتراض منه} وذلك ليس تصرفاً في ماله.

وعلى هذا فلا يعتبر عدم الفلس في المحال عليه أيضاً، كما نبه عليه السيد البروجردي وغيره.

{أمور} بعضها مورد الخلاف وبعضها مورد الاتفاق:

{أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور بينهم}، وفي المستمسك: بل الظاهر أنه من المسلّمات من دون خلاف ولا إشكال.

{حيث عدوها من العقود اللازمة} ولذا قال في المسالك: لأن الحوالة

فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً

عقد لازم من جملة العقود اللازمة فلا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال، ويعتبر فيها ما يعتبر في غيرها من اللفظ والمقارنة وغيرهما.

أقول: كونه عقداً يدل عليه ما سيأتي، وأما كونه لازماً فلأنه الأصل في العقود، قال سبحانه: ﴿**يا أَيُّهَا الَّذينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1]، ولذا كان جواز عقد مّا محتاجاً إلى دليل مخرج له عن الإطلاقات والعمومات.

{فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال} لأن المحيل يحيل المحتال، لكن ربما يقال بصحة العكس، بأن يكون الإيجاب من المحتال والقبول من المحيل، فيقول المحتال: أحيل نفسي منك إلى مديونك، فيقول المحيل: قبلت، وذلك لأنه كالعكس له اعتبار عقلائي، وقد ذكر المصنف في كتاب النكاح صحة الإيجاب من كل من الزوج والزوجة، فيكون الآخر قابلاً، والمقام ليس فوق النكاح.

{وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً} برئياً كان أم لا، كما يأتي الكلام في أنه هل يعتبر رضى المديون للمحيل أم لا.

{أو إذا كان برئياً} لوضوح أنه باطل بدون رضاه، لأن الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم، فلا يحق للمحيل إشغال ذمة البريء بدون رضاه، وإنما لم يكن المحال

---

(١) المائدة: الآية ١.

فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة، ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين

عليه من أركان العقد، وإن اشترط رضاه.

{فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل} ولا يلازم ــ لأن الكلام في مرحلة الثبوت لا الإثبات كما لا يخفى ــ {على كونه طرفاً وركناً للمعاملة}، فهو كرضى الأب بتزويج بنته البكر على القول بلزوم رضاه، فإن ذلك لا يجعل أركان العقد ثلاثة.

{و} لكن مع ذلك {يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضاً، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين} أو من إيجابين وقبول، وذلك لأن المقولة الحقيقية المتقومة بأكثر من طرف قد يكون طرفاه بالتأثير والتأثر، مثل الكسر للكوز والانكسار، وقد يكون بإيجادين يكملان حقيقة واحدة كشقي الباب حيث إنهما إيجادان لا تأثير لأحدهما في الآخر.

وكذا الحال إذا كانت الأطراف أكثر من اثنين، وإذا كانت المقولة الحقيقية هكذا كانت المقولة الاعتبارية كذلك، مع وضوح أن الاعتبار أخف مؤنة، ففي البيع والنكاح مثلاً يمكن إيجاب من جانب أحدهما وقبول من الآخر، ويمكن إيجابان من كل جانب إيجاب، فالأول يكون من قبيل التأثير والتأثر، والثاني يكون من قبيل الإيجادين، فهذا يجعل نفسه زوجاً لتلك، وتلك تجعل نفسها زوجة لذاك.

وهذا يوصل علاقة ماله بذاك، وذاك يوصل علاقة ماله بهذا، على نحو عملية

واحدة لها طرفان، وإذا صح ذلك في المقولة الاعتبارية يكون المقام كذلك: إيجاب لقبولين، أو إيجابان لقبول واحد، أو إيجابات ثلاثة، كان الموجود الاعتباري الذي هو الحوالة يوجد كل واحد من الثلاثة ثلثه، فقد يفعل هذا الوجود الاعتباري أحدهم، والآخران يقبلانه، وقد يفعله اثنان والثالث يقبله، وقد يفعله كل الثلاثة.

ولذا احتمله الجواهر كما يظهر من قوله: لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين، وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم.

ثم إن السيدين الوالد والبروجردي قويا احتمال الماتن:

قال الأول: بل هو الأقوى إذا كانت الحوالة على البريء أو بغير الجنس.

وقال الثاني: هذا لا يخلو من قوة، فيما إذا كانت الحوالة على البريء أو بغير جنس ما على المحال عليه، نعم لا يبعد عدم بطلان الحوالة بالفصل على النحو المتعارف فيها، انتهى.

وأراد (رحمه الله) بذلك رفع إشكال أنه كيف يتأخر القبول من المحال عليه من إيجاب الحوالة، وهو كذلك لما تقدم من أنه أمر عرفي أمضاه الشارع، كما ورد في الروايات جملة من صغريات المسألة، وشملها (أوفوا بالعقود) ونحوه على التقريب الذي ذكرناه في كتاب الضمان وغيره، من أنه يشمل الأمر العرفي فيكون ذلك العقد المعروف باسمه، لا أنه يجعله عقداً جديداً، وإن قال الماتن والمستمسك في جملة من مسائل المضاربة والمزارعة والمساقاة والضمان بالثاني، فراجع.

وعلى ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة، من الموالاة بين الإيجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة، ولكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع

أما قول السيد الجمال في تعليقه على إيجاب وقبولين: أو منحلاً إلى عقدين، فلا يخفى ما فيه، إذ هو شيء واحد لا شيئان، ولذا لم أجده من غيره.

{وعلى ما ذكروه} من أن الحوالة عقد {يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة من الموالاة بين الإيجاب والقبول} لكن اللازم القول بذلك بالقدر العرفي لا أكثر، إذ لا دليل على الأكثر، وعليه {فـــ} قوله: {لا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما، بأن أوقع الحوالة بالكتابة} غير ظاهر الوجه، إذ هي حوالة عرفية، فيشملها ﴿أوفوا﴾.

{ولكن الذي يقوى عندي} خلافاً للمشهور، بل ظاهرهم التسالم عليه {كونها من الإيقاع} وكأنه أراد بذلك التخلص من احتياجها إلى قابلين، ومن صحة انفصال القبول عن الإيجاب وما أشبه، مع أنه وقع في الأكثر إشكالا، حيث إن الفرق بين العقد والايقاع أن الأول إعمال السلطة من نفرين، بينما الثاني إعمال السلطة من شخص واحد، ولذا كان النكاح حيث بحاجة إلى إعمال سلطة كل من الزوجين عقداً، بينما الطلاق حيث لا يحتاج إلا إلى إعمال سلطة الرجل فقط إيقاعاً.

ولا ينقض ذلك بمثل الخلع حيث يحتاج إلى بذل المرأة، إذ الكلام في أن الإيجاد هل يحتاج إلى نفر أو إلى نفرين، والخلع

يوجده نفر واحد، وإن كان مشروطاً بشيء، وليس الكلام في الشرط، بل الكلام في المقوم، وحالهما كحال الجزء والشرط حيث إن الأول مقوم والثاني خارج لكنه مرتبط.

ولذا الذي ذكرناه أشكل غير واحد على المتن، فقال السيد الوالد: بل الأقوى كونها عقداً بين اثنين تارة وبين ثلاثة أخرى، والوجه المذكور ممنوع من وجوه، كما أن الأقوى كون الضمان والوكالة عقداً أيضاً.

وكذا أشكل عليه السادة ابن العم والجمال والبروجردي، قال ثالثهم: هذا ضعيف جداً، وما استدل به عليه أضعف منه، إذ الوفاء هو تأدية العين إلى مالكه، والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله، وليس لصاحبه الامتناع منه، والمحيل لايؤدي ما في ذمته إلى مالكه، بل ينقله إلى ذمة أخرى، وهو تصرف في ملك الغير، وفي ذمة الغير بلا سلطنة منه عليها، فلا يصح بدون قبولهما، فظهر بهذا احتياج الضمان أيضاً إلى القبول، انتهى.

ثم إنه يظهر مما تقدم أن ليس مناط الإيقاع والعقد كونه تحت سلطان أو سلطانين فقط، كما جعله المستمسك المعيار، بل يحتاج مع ذلك إلى بيان الفارق بين ما كان تحت سلطانين على نحو الجزء الذي يكون عقداً، أو على نحو الشرط الذي يكون إيقاعاً.

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في استدلال المصنف بقوله: {غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال، أو منه ومن المحال عليه، ومجرد هذا لا يصيره عقداً} إذ الرضا غير كونه جزءً الذي هو ميزان العقد {وذلك} الذي ذكرناه من أنها

نوع من وفاء الدين، وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع

إيقاع {لأنها نوع من وفاء الدين}، فيه: إن نقل المحتال دينه من ذمة إلى ذمة أخرى غير الوفاء الذي هو وصول الدين إلى الدائن.

نعم كلاهما يوجبان فراغ ذمة المديون، لكن الاشتراك في ذلك لا يوجب كون أحدهما كالآخر في كونه إيقاعاً، ولذا لم يكن وجه ظاهر لقوله: {وإن كانت} الحوالة {توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه والانتقال نوع من الوفاء وهو} أي الوفاء {لا يكون عقداً} لأنه تحت سلطة إنسان واحد، حيث يفرغ المديون ذمته بدون اختيار للدائن، ولذا لا يحق للدائن الامتناع.

لكن فيه: إن الانتقال ليس وفاءً، ولذا يحتاج إلى رضى الدائن.

ولذا استدركه بقوله: {وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك إيقاع}.

لكن فيه: إن الوفاء بغير الجنس معاوضة، فهو عقد وليس بإيقاع، ولذا قال المستمسك: فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الآخر.

{ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً} ليس {من الإيقاع}، لأنه يحتاج إلى رضى المضمون له وتحت سلطنة كليهما، لا تحت سلطنة واحد، وليس مثل

فإنه نوع من الوفاء، وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة، ويتحققان بالكتابة ونحوها، بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك، كما أن الجعالة كذلك، وإن كان يعتبر فيها الرضى من الطرف الآخر،

الخلع على ما تقدم، {فـــ} الاستدلال على كونه إيقاعاً {إنه نوع من الوفاء} غير ظاهر الوجه.

{وعلى هذا فـــ} اللازم أن {لا} يكونا كالإيقاعات بل {يعتبر فيهما} كل {شيء مما يعتبر في العقود اللازمة}، أما على قول الماتن فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في أي عقد، لازماً كان العقد أو جائزاً، فتخصيصه باللازمة من باب أنه محل الكلام.

{و} أما أنهما {يتحققان بالكتابة ونحوها} كالإشارة، فلأنها كافية في كلية العقود، إذ لا دليل على اللفظ كما ذكر في باب المعاطاة، ولذا قال في المستمسك: لو بني على المنع في العقود بني عليه في الإيقاع، لاشتراكهما في دليله نفياً وإثباتاً.

ومنه يظهر وجه النظر في قوله: {بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك} من الإيقاع، لأن الوكيل يوقعها، فليست كالبيع عقداً مما يعطي هذا شيئاً لذاك وذاك شيئاً لهذا، ولا كالنكاح مما يعطي كل نفسه للآخر.

{كما أن الجعالة كذلك} إيقاع {وإن كان يعتبر فيهما الرضى من الطرف الآخر} إذ اعتبار الرضا لا يوجب كونها عقداً، وجه النظر فيه: إن الوكالة والجعالة تحتاجان

ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون في بيع داري أو قال أنت وكيل مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

إلى القبول، والقبول غير الرضا، وبدون القبول لا تحقق الوكالة والجعالة عرفاً.

ولذا إذا قال له: أنت وكيلي، وقال: لم أقبل، لا يراه العرف وكيلاً.

وعليه فإذا أراد من قيل له التصرف بعد رفضه لم يحق له ذلك بخلاف المأذون، فإذا قال له: أنت مأذون في كذا، وقال: لم أقبل، لم يرفع ذلك إذن الآذن، ولذا قيل في باب الوكالة أنها عقد لها آثار عند العرف، والمعتبر فيها إضافة مخصوصة بين الوكيل والموكل من آثارها سلطنة الوكيل على الموكول سلطنة مخصوصة ليست هي في المأذون فيه.

وإن شئت قلت: إن الإذن يستند بالآذن، وان لم يرض المأذون، بينما ليست الوكالة كذلك.

ومن الكلام في الوكالة يعرف وجه كون الجعالة عقداً، وليس إيقاعاً وإذناً مجرداً.

وبذلك ظهر ضعف قوله: {ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول أنت مأذون في بيع داري، أو قال أنت وكيل} في ذلك، وإذ لا فرق بينهما {مع أن الأول من الإيقاع قطعاً} إذ الإذن لا يحتاج إلى القبول، فإن معناه أن تصرفك ليس ممنوعاً من قبلي فهو مربوط بالإذن فقط، كان اللازم أن يكون الثاني إيقاعاً أيضاً، لأن المساوي لشيء محكوم بأحكامه كما هو بديهي، وإنما ظهر ضعف ذلك لأن الإذن رخصة، أما الوكالة فهي إعطاء سلطنة، والأول لا يحتاج إلى القبول، أما الثاني

فبحاجة إليه، لأنه إذا لم يتحقق الأخذ لم يتحقق الإعطاء، فهو فعل قائم بالطرفين، ولذا اختلفت آثارهما.

قال في المستمسك: الفرق بين الأمرين ظاهر، فإن الوكيل كالأصيل، فالوكيل في وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة، والمأذون في الأداء ليس كذلك، وأيضاً فإن الوكيل تجوز مطالبته في الوفاء ومخاصمته، والمأذون ليس كذلك، وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة فلا يكون وكيلاً، والمأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الأذن، والوكيل يستطيع أن لا يقبل الوكالة ويرد الإيجاب فلا يكون وكيلاً، والمأذون ليس كذلك، والوكالة المعلقة باطلة بخلاف الإذن، والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل، وليس كذلك المأذون، ومن ذلك تتبين أن الوكالة قائم باختيار الوكيل، وتتوقف على قبوله، وليس كذلك الإذن، انتهى.

أقول: ما ذكره من الآثار، وإن كانت بعضها محل مناقشة، إلا أن جملة منها مما دل عليه العقل وقرره الشرع بالإمضاء، وبعضها مما دل عليها الشرع بنفسه، وتفصيل الكلام في ذلك في كتاب الوكالة.

ولو تنازعا في الإذن والوكالة، كان من التداعى، لأنه لا أصل في أحدهما، وإن كان الأصل في بعض الآثار يقتضي أثر الوكالة عدم جواز التصرف إذا رد ما قال له، بدون أن يدرك أنه إذن له أو وكله، وفي بعض الآثار يقتضي أثر الإذن كأصالة عدم نفوذ التصرف بعد سحب ما أعطى أو أذن، وإن كان النفوذ مقتضى الدليل إذا كانت وكالة.

الثاني: التنجيز، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف، كما هو ظاهر المشهور، لكن الأقوى عدم اعتباره كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين.

وعليه، فلو شك المعطى له بينهما كان عليه أن يرتب الأثر الموافق للأصل، ولزوم التفكيك بين المتلازمين في الأحكام الشرعية غير عزيز، كما لا يخفى.

{الثاني: التنجيز}، ذكره هنا غير واحد، وسكت عن ذكر هذا الشرط آخرون، ولعل الساكت هنا اكتفى بذكره في بعض الكتب الأخر.

مثلاً الشرائع والقواعد سكتا عن ذكر هذا الشرط في الحوالة، مع أنهما ذكراه في بعض الكتب الأخر، ولذا أشكل في هذا الشرط هنا غير واحد، وإن جعله بعضهم أحوط.

{فلا تصح} الحوالة {مع التعليق على شرط أو وصف كما هو ظاهر المشهور} فقد ادعوا الإجماع على عدم صحة التعليق في العقود والإيقاعات، ولعل الذين لم يذكروه هنا اكتفوا بذكروه في غير المقام.

{ولكن الأقوى عدم اعتباره، كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين} وهذا هو الأقرب، ولذا سكت عليه ابن العم والبروجردي وغيرهما، وإن جعل الاشتراط الوالد أقوى، والجمال الصحيح.

وقال المستمسك: العمدة في اعتباره الإجماع المدعى على اعتباره في كلية العقود الذي لا مجال لرفع اليد عنه، بعد دعواه من الأساطين وتلقي الباقين له بالقبول، وإلا فلم يذكر هذا الشرط هنا في جملة من الكتب.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال، وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي، وحينئذ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل، لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان

{الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال} قال في مفتاح الكرامة: إنه حكي عليه الإجماع في التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية. ونفى عنه الخلف في مجمع البرهان والرياض، وفي الغنية الإجماع على الأول، ونفي الخلاف عن الثاني، إلا من داود، ومراده بين المسلمين، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منه مستفيض أو متواتر.

{وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بأن قال للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي} فإنه تصح حوالة وإن لم يرض المحيل.

{وحينئذ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل} وهذا هو المحكي عن التذكرة والمسالك والروضة والحدائق، لكن في المسالك زيادة: فيشترط هنا رضى المحتال والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره، انتهى.

لكن في صحة كون هذه حوالة {لا وجه له} عند المصنف وآخرين {إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان} ولذا قال في الجواهر: فيه

إمكان منع صحة هذه الحوالة، لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها، و﴿أفوا بالعقود﴾ إنما يراد منه العقود المتعارفة، أي البيع والصلح والحوالة ونحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها.

ثم استدل بالإجماع على اشتراط رضى المحيل، وبالاتفاق على أن المحيل والمحتال من أركان العقد، لعدم اختلاف أركان عقد الحوالة، وأشكل عليه المستمسك بأن التعارف لا يقيد الإطلاق، ولو بنى على ذلك لزم تأسيس فقه جديد.

أقول: ما ذكره المستمسك تام، لكن لا يكفي في رد الجواهر إلا بعد إثبات أن هذا القسم حوالة متعارفة، فيشمله دليل الحوالة، إن كان هناك إطلاق في دليل الحوالة، أو المناط في جزئيات الحوالة الواردة في النصوص، حيث يفهم منها أن الشارع أمضى الحوالة المتعارفة، والذي منه ما استثناه الجماعة فهما بالمناط، أو يقال كما تقدم منا غير مرة أن الشيء لو كان داخلاً في مفهوم عرفي يشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾ بذلك العنوان، لا بعنوان عقد جديد، فإذا قال العرف: إنه حوالة، وشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾ كان حوالة شرعاً أيضاً، لا عقداً جديداً.

وحيث يتم الثاني والثالث أي المناط وشمول ﴿أوفوا﴾ لابد من ملاحظة هل أن العرف يراه حوالة أو لا، والظاهر العدم، فلا يقول الدائن: إن لي حوالة، ولا يقول المحال عليه: إن عليّ حوالة، وعليه يتم قول المصنف، ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، أمثال السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم.

ومنه يعلم وجه النظر في إجماع الجواهر واتفاقه، الذين استشهد بهما لمطلبه

حيث إنه كيف يمكن دعوى الإجماع مع خلاف مثل هؤلاء الأساطين.

وكيف كان، فهل ما ذكره المصنف من أنه ضمان هو الصحيح، أو ليس ضماناً أيضاً، بل نوع عقد جديد، كما استظهره المستمسك قائلاً: إن ما ذكره المصنف يتم إذا كان مفهوم الضمان نقل ما في ذمة إلى ذمة كما ذكره الأصحاب.

أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور، وإن كان التعهد من لوازمه، وحينئذ لابد من الرجوع في تصحيحه إلى عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] ونحوه، وعليه فلا يختص بصورة ما إذا كان المحال عليه بريئاً، بل يجري في غيره، فليس وفاءً من مال المحيل وإنما من مال المحال عليه، ويبقى دين المحيل على المحال عليه بحاله، انتهى.

أقول: الظاهر كونه ضماناً، لأنه هو الذي يفهم العرف فيقال ضمن فلان دين المحال، فإنه لا اعتبار عندهم بالألفاظ بل بالواقعيات ولذا يلزم، وإلا كان وعداً فقط.

ثم إن كلام المستمسك أخيراً وإن كان في نفسه صحيحاً، إلا أنه ليس وارداً على التذكرة وغيره ممن شرطوا في صحة هذه الحوالة المستثناة، صحة الحوالة على من لا دين عليه، إذ مرادهم أن مثل هذه الحوالة خارجة من كيس المحال عليه لا كيس المحيل، واشتراطهم صحة الحوالة على البريء للإفادة ذلك، لا أنه لا تصح مثل هذه الحوالة على المديون، لوضوح أن وجود الدين على المحال عليه للمحيل وعدم وجود الدين سواء من هذه الجهة.

وكيف كان، فكون ما ذكره هو الضمان لا العقد الجديد هو الظاهر من المعلقين.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

الساكتين على المصنف أمثال السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي وغيرهم.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان المحيل هو المحال أو الأجنبي، كما إذا قال المحال للمحال عليه: أحلت ديني عليك، فقال: قبلت، أو قال الأجنبي للمحال عليه: أحلت دين المحال عليك، فقال: قبلت، فإنهما نوع ضمان، لأن المحال عليه قبل بالدين الذي على غيره، سواء كان لذاك الغير دين على المحال عليه أو لم يكن له دين عليه، والله سبحانه العالم.

{وكذا} يشترط الرضا {من المحال عليه إذا كان بريئاً}، قال في مفتاح الكرامة: وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور، كما في المختلف والمهذب البارع والمتقصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح، وظاهر التذكرة الإجماع عليه، ونسبه إلى علمائنا في المختلف، ونسب الخلاف في كشف الرموز إلى التقي.

{أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه} نقل في الجواهر عن التنقيح أنه قال: إن اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً، وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً، قال: وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً، نعم هو كذلك في سابقه، أي الحوالة على البريء، بناءً على صحتها، كما اعترف به غير واحد من الأفاضل.

وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف

أقول: وذلك لتسلط الناس على أموالهم وذممهم[1]، فلا حق لأحد أن يحول على البريء.

نعم إذا رضي فقد أباح بنفسه التسلط على ذمته وماله، كما لا يحق لأحد أن يبدل ماله بمال غيره إلا برضاه، فلا يحق للمحيل أن يحول المحتال بغير جنس ما على المحال عليه، فإنه كان مشغول الذمة بشيء خاص فاشتغال ذمته بدون رضاه بجنس آخر خلاف سلطنته، فهو كما إذا أحال دائنه الذي يطلبه الدنانير إلى مديونه الذي يطلبه شياه، بأن يأخذ منه شياه بدون رضى المحتال، فكما أنه خلاف دليل سلطنة المحتال، كذلك إذا أحاله على أن يأخذ منه دنانير، فهو خلاف سلطنة المديون المحال عليه.

{وأما إذا كانت} الحوالة {بمثل ما عليه ففيه خلاف} هل يعتبر رضى المحال عليه أم لا، فالمشهور اعتبار رضاه، وعن الأردبيلي لم يظهر فيه مخالف، وعن التذكرة والمختلف الإجماع عليه.

لكن عن أبي الصلاح عدم اعتبار رضاه، وعن المختلف الميل إليه، ومر المحكي عن المقتصر والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضة وغيرهم، فراجع كلماتهم في مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما.

استدل المشهور: بأن الأصل بقاء الحق في ذمة المحيل بعد أن لم يرض المحال عليه بالحوالة.

وبأن المتيقن من صحة الحوالة ما إذا كان المحال عليه

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

راضياً.

وبأن نقل المال من ذمة المحيل إلى المحال عليه تابع لرضاه، فإنه كيف يتصرف المحيل في ذمة المحال عليه بدون رضاه.

وبأنه أحد من تتم به الحوالة فأشبه المحيل والمحتال في اعتبار رضاه.

وبأن الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة، وقد لا يريد المحال عليه أن يكون طرف المحتال، بينما كان راضياً أن يكون طرف المحيل، فهو كما إذا باع زيد داره لعمرو ولم يرد أن يكون القابض لها إلا نفس عمرو لا وكيله، حيث إن عمرواً لين العريكة حسن الاقتضاء بينما وكيله بذيء اللسان شديد الاقتضاء يكرهه الناس، حتى أنه إذا كان هو المقتضي للبيع لم يبعه البائع.

وبالإجماع المتقدم كما في الجواهر.

واستدل غير المشهور الذين لم يشترطوا رضى المحال عليه، بإطلاقات الحوالة، بأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للاحتياج إلى رضى من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه، كذا في المسالك.

وبأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في قبض دينه، فلا وجه لاعتبار رضى المقبوض منه.

وبأن الحوالة إيفاء بماله الذي في ذمة المحال عليه.

وبأن الحوالة بمنزلة توكيل المحال عليه في وفاء دينه.

أقول: قد يكون الوسط وكيلاً في قبض حق الأول عن الثالث، وهذا لا يعتبر فيه رضى الثاني، لكنه ليس من الحوالة في شيء، إذ الحوالة عبارة عن نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فتبرأ ذمة المحيل، وقد ادعى في المسالك الاتفاق على أن الحوالة نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى.

ولا يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه، بأن يقول: أعطه من الحق الذي لي عليك، فلا يعتبر رضاه فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه، وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء

وفي باب الوكالة لا يشترط رضى المديون للأصل وغيره مما تقدم في دليل المشهور.

وقد يكون الوسط محتالاً بأن ينقل المحيل ما في ذمته إلى ذمة المحال عليه فيبرأ ذمة المحيل عن دين المحتال وتبرأ ذمة المحال عليه عن دين المحيل، وتشتغل ذمة المحال عليه إلى دين المحتال، وهذا يلزم فيه رضى المحال عليه لأنه تصرف في ذمته من قبل المحيل، وهو خلاف الناس مسلطون على ذممهم، ولذا كان مقتضى القاعدة مع المشهور.

وقد وافق غالب المعلقين المشهور، وإن سكت السيد الوالد وبعض آخر على المتن، مما يدل على تصديقهم لتفصيل المصنف حيث قال: {ولا يبعد التفصيل بين أن يحوله عليه بما له عليه، بأن يقول: أعطه من الحق الذي لي عليك، فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزلة الوكيل في وفاء دينه} وحيث يلزم على المديون الوفاء لم يفرق بين أن يؤدي الدين إلى الأصيل أو الوكيل فلا حق له في الامتناع.

{وإن كان} فرق بين الوكالة والحوالة فالمقام هو {بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة} بينما الوكالة ليست كذلك.

ولذا قال: {بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء}

وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة، وقد يعلل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بد من رضاه، ولا يخفى

إذ لم ينتقل المال للوسط من ذمة الموكل إلى ذمة أخرى {وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه} فيكون المقام {على نحو الحوالة على البريء، فيعتبر رضاه، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة} لكن هذا التفصيل ضعيف، ولذا أشكل عليه السادة ابن العم والبروجردي.

قال الأول: لا يبعد اعتبار رضاه، ولا محصل لهذا التفصيل.

وقال الثاني: الأحوط للمديون قبول الحوالة في هذه الصورة.

وقال الثالث: لا محصل لهذا التفصيل، فإنه إذا كان للمحيل على المحال عليه عشرة دنانير وأحال زيداً عليه بعشرة دنانير فقد أحاله بما يملكه عليه في ذمته، سواء قيده بكونه له في ذمته أو أطلقه.

وقال في المستمسك: إن جعله بمنزلة الوكيل في الاستيفاء ينافي كون الحوالة نقلاً، فالمصنف جمع بين دعويين متنافيين.

ثم إن بعض أدلة الطرفين وإن كانت مخدوشة كما لا يخفى، إلا أنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة مع المشهور.

{وقد يعلل} كلام المشهور كما في المسالك ومفتاح الكرامة وغيرهما {باختلاف الناس في الاقتضاء، فلا بد من رضاه} كما سبق توضيحه {ولا يخفى

ضعفه، كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه.
الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً

ضعفه} إذ ذلك ليس دليلاً شرعياً {وإلا} نقض بموارد كثيرة، مثلاً {لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه} كما ذكروه في كتاب الدين، ولزم أن لا يصح إرسال الوكيل للاقتضاء ديناً كان أو عيناً، ولزم أن لا يصح الأمر فيما انتقل حق الاقتضاء إلى الوصي أو الولي أو المولى عليه، إلى غير ذلك، مع أنه لا إشكال لأحد فيها.

{الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل} نقل هذا الشرط في مفتاح الكرامة عن المبسوط والشرائع والتذكرة والإرشاد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والتحرير، وعن الكفاية نسبته إلى الشهرة، وفي مجمع البرهان نقل عن بعضهم حكاية الإجماع عليه، وعن التحرير لو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعاً.

{سواء كان مستقراً أو متزلزلاً} كما صرح جملة منهم بذلك، واستدل له بأن موارد الحوالة في الروايات في المال الثابت في الذمة، فالتعدي إلى غيره مع عدم العلم بالمناط غير تام، وبأنه مقتضى التحويل عرفاً، وهو الذي أمضاه الشارع، إذ الحوالة عرفاً نقل ما في ذمة إلى ذمة، فهو يتوقف على وجود شيء في الذمة.

وإنما عممنا الامر إلى المتزلزل، لأن التزلزل لا يضر بالثبوت في الذمة، كما إذا اشترى بالخيار، فإن المال ثابت في ذمة المشتري لكن بتزلزل، فإذا حول البائع إلى مديون له صحت الحوالة.

فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، ومال السبق والرماية قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور، لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان

{فلا تصح في غير الثابت، سواء وجد سببه، كمال الجعالة قبل العمل} فإن سبب الاستحقاق الجعل، وقد حصل.

{ومال السبق والرماية قبل حصول السبق}، والنصف الثاني من الصداق المتوقف على الدخول، وكالجارح إنساناً حيث أشرف على الموت/ مما يوجب عليه الدية، إلى غير ذلك.

{أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه} أو يشتريه أو بمهر بعد أن يتزوج في المستقبل أو ما أشبه ذلك {هذا ما هو المشهور} كما عرفت، بل قد تقدم نقل الإجماع عليه.

قال في مفتاح الكرامة بعد نقل الشهرة عن الكفاية كما تقدم: ولعل نسبته إلى الشهرة، لعدم تعرض جماعة كثيرين له، ولعل السر في ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة، قال: وفي الحدائق حكاية على البت وهو منه عجيب، انتهى. ولعل المصنف نسبه إلى الشهرة لا الإجماع لذلك.

{لكن لا يبعد كفاية حصول السبب كما ذكرنا في الضمان} إذ أراد بذلك الحوالة بمعنى الالتزام والتعهد، كما قاله الوالد في تعليقه حيث قال: لو تم ذلك لكان من باب الالتزام والتعهد لا الحوالة، انتهى.

تم ما ذكره، لكنه ليس من هذا الباب.

وإن أراد الحوالة المصطلحة ذات الأحكام الخاصة، فيرد عليه ما ذكره غير واحد من المعلقين كالسادة البروجردي والحكيم والجمال وغيرهم من تقوية قول المشهور، لأنه إذا لم يكن دين على المحيل لم تتحقق الحوالة العرفية حتى تشملها الأدلة الشرعية، إذ الحوالة عرفاً عبارة عن نقل المحيل ما في ذمته إلى ذمة المحال عليه، والمفروض أنه لا دين في المقام، فتأمل.

ومنه يعلم حال فرضة الثاني الذي عنونه بقوله: {بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال: أقرضني كذا وخذ عوضه من زيد، فرضي} المقرض {ورضي زيد أيضاً لصدق الحوالة} إن أراد صدقها بتوسعة، فذلك لا يصحح موضوع الحوالة العرفية والشرعية، فهو مثل صدق البيع والتجارة والاشتراء والشراء في قوله سبحانه: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ﴾[1]، و﴿تجارَةً لَنْ تَبُورَ﴾[2] و﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرى﴾[3] و﴿الَّذينَ يَشْرُونَ الْحَياةَ الدُّنْيا﴾[4]، ومثل صدق النكاح في الوطي واللواط بما دون الدبر، وغير ذلك من الألفاظ الصادقة مجازاً على غير حقائقها المتبادرة منها، وان أراد صدقها حقيقة، ففيه إنه إذا

---

(١) التوبة: الآية ١١١.

(٢) فاطر: الآية ٢٩.

(٣) التوبة: الآية ١١١.

(٤) النساء: الآية ٧٤.

وشمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور للغرر

لم يكن دين لم يصدق حقيقة، ولذا يصح السلب فيقول المحال عليه: علينا حوالة، إذا تحقق قرضه، مثل قوله: (علينا دين) إذا تحقق الزواج من جهة مهر الزوجة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{و} عليه فلا {شمول} لـــ {العمومات}، ومنه يعلم الحال في التفريع بقوله: {فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد العمل} في الجعالة والسبق والرماية {وبعد الاقتراض} فإنه إذا كان معنى أقرضني إلخ، أن العوض يؤخذ من زيد، لم يكن انتقال دين، فلا يتحقق التحويل والتحول حتى يصدق الحوالة، إلا إذا قيل بصحة العقد المعلق، والله سبحانه العالم.

{الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً} كيفاً وكماً {للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور}، قال في مفتاح الكرامة: نبه على هذا الشرط المبسوط والخلاف، وبه صرح في الشرائع والتذكرة والإرشاد والتحرير، بل قال في الأخير: إجماعاً، وفي مجمع البرهان: لعله لا خلاف في الاشتراط، وفي جامع المقاصد والكفاية: إن المشهور اشتراط علمهم بالقدر.

ثم قال السيد: لم نجد المخالف، وإنما احتملت الصحة مع الجهل، في

ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آئلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره، على حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن

التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالاً، إلا أن نقول: إن الخلاف يفهم من الوسيلة والغنية وغيرهما، حيث لم يذكروا هذا الشرط فيها.

أقول: وعن النهاية الإجماع عليه، وقد أيد المشهور السيدان ابن العم والجمال، وإن سكت على المتن السيدان الوالد والبروجردي، وكذا اختلف سائر المعلقين بين مؤيد لهم أو له (للغرر)، وذلك لما تقدم في جملة من الكتب من أن حديث نفي الغرر[1] مروي عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) بطرقنا وطرقهم والعمل به صحيح، وإن كان طريقنا ضعيف السند، فإشكال المستمسك في المستند محل إشكال.

{ويمكن أن يقال بصحته} إذا كان الجهل لا يوجب غرراً عرفياً، إذ لا تلازم بين الأمرين، فإذا كان الدين بين دينار ودينار ونصف لا يسمى غرراً عرفاً وإن كانت جهالة، وكذا إذا لم يعلم أن المنّ المطلوب هل هو حنطة أو شعير مثلاً.

أما ما ذكره المصنف من إمكان صحته {إذا كان آئلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره} يعرفانه إذا راجعاه {على حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين} كماً أو كيفاً، لا أن يكون أصل الدين وجوداً وعدماً مجهولاً، إذ الكلام

---

(١) الوسائل: ج ص٢٦٦ الباب ١٢ من عقد البيع ح١٢.

بل وكذا لو قال: كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان، نعم لو كان مبهماً كما إذا قال: أحد الدينين اللذين لك علي خذ من فلان، بطل

في الجهل بهما لا بأصله.

{بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتقين} كما إذا تردد بين الخمسة والعشرة، فإن الأصل البراءة من الزائد، أو بعد إمكان الوفاء، كما إذا علم أنه يطلب زيداً أو عمرواً ديناراً، ويطلب الآخر دينارين، وكلا المحيل والمحال لا يعلم قدر طلبه من هذا ومن ذاك، فإذا أحالاه صحت مع الجهل بالقدر وعدم الأوْل إلى العلم.

{بل وكذا لو قال: كلما شهدت به البينة وثبت خذه من فلان} إلى غير ذلك من الأمثلة ففي إطلاقه نظر.

لأنه إذا كان في شيء من ذلك الغرر لم يصح لما عرفت، وإن لم يكن غرر صح.

و لم يعلم هل أن المصنف لا يعتبر عدم الغرر لضعف سنده، أو يعتبره ولكن يرى أنه لا غرر في أمثال المقام، فإن كان الأول فقد عرفت ما فيه، وإن كان الثاني ففيه: إن الأول لا يوجب رفع الغرر حين المعاملة، وذلك هو المناط وإلا لصح أن يقول له: بعتك ما في هذه الغرفة، وكلاهما لا يعلم بما فيها، لكنهما يعلمان به بعد فتح بابها.

{نعم لو كان مبهماً، كما إذا قال: أحد الدينين الذين لك عليّ خذه من فلان، بطل} علله في المستمسك بأن المبهم المردد لا مطابق له في الخارج إذ كل ما في الخارج

متعين غير مردد، وإذا لم يكن له مطابق في الخارج امتنع أن يثبت لم حكم شرعي يترتب عليه عمل.

وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

لكن مقتضى القاعدة الصحة فيما إذا لم يكن غرر عرفاً، وذلك للمناط في الحوالة الواردة في الروايات وللعمومات، بعد أن لم يكن مانع من غرر ونحوه، كما إذا كان الدائن يطلب زيداً عشرة دنانير ومائة درهم، وهما معادلان، فقال له المدين: خذ أحدهما من المحال عليه، فإنه لا غرر عرفاً.

وما استدل به في المستمسك له أشبه بالأمور العقلية، إذ المعيار في الموضوعات المترتبة عليها الأحكام العرفيات كما قرر في محله، والعرف لا يشك في أن المولى إذا قال لعبده: أحد الدارين لك، أو لك حق أن تسافر أحد سفرين، أو تزوج إحدى الفتاتين أو ما أشبه، لم يكن فيه محذور.

وكذا في المقام إذا لم يكن دليل خاص أو كان غررياً.

وكذا في كل المعاملات والإيقاعات، ولذا صح مثل ذلك في باب إبقاء الزوجة فيمن أسلم عن أكثر من أربع، وفي باب الطلاق، إلى غير ذلك.

{وكذا لو قال: خذ شيئاً من دَينك من فلان} للإبهام الموجب للغرر.

أما إذا كان من قبيل ما لو أوصى بشيء أو جزء أو كثير أو ما أشبه، كما قالوا في باب الوصية، فمقتضى القاعدة الصحة إذا قلنا إنه لا خصوصية لباب الوصية، وإلا أشكل للغرر، ولذا سكت على المتن كافة المعلقين وقرره المستمسك.

هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري، أمكن الحكم بصحته، لعدم الإبهام فيه حينئذ.

{هذا ولو أحال الدينين} بأن قال: خذ أحد الدينين {على نحو الواجب التخييري، أمكن الحكم بصحته} وذلك {لــ} عمومات الأدلة بعد {عدم الإبهام فيه حينئذ}، وقد قرره على ذلك السيدان الوالد وابن العم، وقال السيد البروجردي: فيه تأمل، وقال السيد الجمال: لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذي صرح ببطلانه، والمستمسك قرر الفارق قائلاً: يفترق الواجب التخييري عن المردد أن المردد لا يكون موضوعاً لحكم شرعي، لعدم المطابق الخارجي له، والواجب التخييرى يكون موضوعاً للوجوب التخييري، وله مطابق خارجي، فإن الوجوب التخييري ليس قائماً بالمردد بين الخصال، وإنما قائم بكل واحدة من الخصال، لكن قيامه على نحو خاص بحيث يسقط عن الجميع بفعل واحدة من الخصال، وكذلك الوجوب الكفائي، إلى أن قال: فإذا تعلقت الحوالة بالدينين على وجه التخيير اقتضت وفاء المحال عليه لأحدهما على التخيير لا جمعاً، فإذا وفى أحد الدينين بطلت الحوالة بالنسبة إلى الآخر و لم تقتض وفاءه، انتهى.

أقول: في مقام الخارج لا يوجد إلا الفرد، وفي مقام الذهن يوجد الفرد المردد، كما يوجد الجامع بين الفردين، ولابد في الواجب الكفائي والتخييري ملاحظة مقام الذهن، وهما سواء من هذه الجهة، فالفرق بين المردد والجامع غير ظاهر الوجه، والقول بأن المردد لا خارج له بخلاف التخييري والكفائي غير تام، فالقول بصحة كليهما هو مقتضى القاعدة.

السادس: تساوي المالين، أي المحال به والمحال عليه، جنساً ونوعاً ووصفاً، على ما ذكره جماعة، خلافاً لآخرين، وهذا العنوان وإن كان عاماً إلا أن مرادهم بقرينة التعليل بقولهم تفصياً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به

{السادس: تساوي المالين، أي المحال به والمحال عليه، جنساً ونوعاً وصفاً} مثل كون كليهما حباً وحنطةً وبغداديةً، مع وضوح عدم الحاجة إلى ذكر الثلاثة، ولذا اقتصر في الشرائع إلى ذكر الجنس والوصف {على ما ذكره جماعة} كالشيخ وابن البراج وابن حمزة {خلافاً لآخرين} كالعلامة والشهيدين.

وقال في الشرائع: ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً، تفصياً عن التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه، وفيه تردد.

قال في الجواهر: وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي مستقلة أو وفاءً للأدلة الخاصة التي لا تشتمل الحوالة قطعاً، وإن كان لها حكم الوفاء في بعض الأحوال دون بعض.

{وهذا العنوان} تساوي المالين {وإن كان عاماً} يشمل الحوالة على المديون والحوالة على البريء، {إلا أن مرادهم} خصوص الحوالة على المديون، وذلك {بقرينة التعليل} في كلماتهم لهذا الشرط {بقولهم تفصياً من التسلط} للمحيل والمحتال {على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به} وهو خلاف تسلط المحال عليه على ذمة نفسه.

إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه، فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم

{إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه، فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به} (فيما) متعلق (بمرادهم)، و(بقرينة) إلى (ما عليه) جملة معترضة دليلاً على مرادهم، وإنما كان مرادهم ذلك بقرينة قول جماعة منهم كالعلامة في القواعد، قال: وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي، انتهى.

مما يظهر منه أن موضع الخلاف كون ما حوله المحيل مخالفاً لما للمحيل على المحال عليه، ومراده (برأي) ما أظهره في مفتاح الكرامة من أنه رأي المبسوط في موضع منه، والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح.

{كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم} فالمحتال له على المحيل دراهم ويطلب المحيل من المحال عليه دنانير فيقول المحيل للمحتال: اذهب وخذ دراهمك من المحال عليه، والحال أن المحيل لا يطلب من المحال عليه إلاّ الدنانير.

ولا يخفى أن هذا هو محل الكلام، لا عكسه، وهو أن يكون التبدل في مال المحتال، كأن يطلب المحتال من زيد دراهم، فيقول له: اذهب وخذ عوض دراهمك دنانير.

إذ الصور المتصورة أربع، لأنه إما لا تبدل، أو تبدل عند كليهما المحتال والمحال عليه، كأن يقول لمن يطلبه دنانير: اذهب وخذ دراهم ممن

فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم

لي عليه شياه، أو تبدل عند المحتال فقط، أو تبدل عند المحال عليه فقط، وكلام المصنف هنا في الرابعة.

{فلا يشمل} كلامهم {ما إذا أحال من له عليه الدارهم على البريء بأن يدفع الدنانير} فإنه خرج بالقيد الأول حيث قال: (على مشغول الذمة)، هذا بالإضافة إلى أنه صار التبديل عند المحتال، لا عند المحال عليه.

{أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم}، الظاهر أن في العبارة نوع التواء، واللازم أن تكون هكذا (بأن يأخذ بدل ماله غيره) إشارة إلى كون التبدل لذي المحتال، وقد أوجز مفتاح الكرامة معنى كلامهم بقوله:

إن الحوالة تتصور على وجهين:

الأول: أن يكون على المحيل لزيد مثلاً دراهم فيحيله على عمرو بدنانير، والحال أن له على عمرو دنانير.

والثاني: أن يحيله على عمرو الذي ليس له عليه إلا الدنانير بدراهم، وهذا هو الذي فرضوا النزاع فيه، انتهى.

أقول: أما في فرض المفتاح فالظاهر صحته، لأنه إذا تراضى المحيل والمحتال على تحول الدراهم التي للمحتال في ذمة المحيل إلى الدنانير، وصار الدين دنانير جاز التحويل حينئذ، وكان تحويل لما ثبت في ذمة المحيل بعد قبول المحتال، لكن الكلام في أنه هل نفس الحوالة بذلك وقبول المحتال كاف في لزوم هذا التحويل، حتى إذا لم يدفع المحال عليه صار طلب المحتال

ولعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن، فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس، والوجه في عدم الصحة ما أشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه

من المحيل غير ما كان طلبه سابقاً، أو لا يلزم هذا التحويل، وإنما يكفي لأنه عقد عرفاً، فيشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾، أو لا يلزم لأنه لا يسمى عقداً.

نعم إذا أخذ المحتال من المحال عليه غير طلبه لزم، لأنه من قبيل المعاطاة، وقد ذهبنا إلى لزوم المعاطاة في باب البيع، خلافاً للمشهور بينهم، وقد ذهب المستمسك إلى اللزوم مع تردد فيه، قال: ولعل إنشاء الحوالة كاف في حصول هذا التحول، ومن الكلام في الصورتين ـــ أي كون التبدل لدى المحتال أو لدى المحال عليه ـــ ظهر الكلام في الصورة الثالثة، وهي ما إذا كانت التحول لديهما معاً، فإنه يلزم بالنسبة إلى المحتال ـــ إذا قلنا بكلام المستمسك ـــ ولا يلزم بالنسبة إلى المحال عليه.

{ولعله} أي ما كان التبدل عند المحتال إنما لم يكن فيه خلافهم {لأنه وفاء بغير الجنس برضى الدائن} حيث إن الدائن المحتال قبل أن يأخذ بدل حقه شيئاً آخر من المحال عليه، والحق لا يعدو المحيل والمحتال.

ثم لا يخفى أن قوله: (وفاءً) فيه تسامح، إذ الحوالة ليست وفاءً، بل هي نقل وتحويل لما في ذمة إلى ذمة أخرى كما تقدم.

وكيف كان {فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس} هل يصح أو لا يصح، {والوجه في عدم الصحة ما أشير إليه} في قولنا (تفصيا) {من أنه} المحال عليه {لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه} فكيف يلزمه بالحوالة

وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة، ولا إطلاق في خصوص الباب، ولا سيرة كاشفة، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة، ووجه الصحة أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الأقوى

أن يدفع غير ما عليه، فإنه مستلزم لتسلط المحيل على ذمة المحال عليه، مع أن المحال عليه هو وحده مسلط على ذمته.

{وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة} كما ذكره الجواهر، فإن تبدل ما على المحال عليه إلى غيره بدون رضاه الأصل عدمه، حتى وإن لم تكن قاعدة السلطنة.

{ولا إطلاق في خصوص الباب} باب الحوالة حتى يرفع الأصل {ولا سيرة كاشفة} عن تقرير المعصوم (عليه السلام) حتى تقوم قبال الأصل، {والعمومات} مثل: ﴿أَوْفُوا﴾[1] ونحوه {منصرفة إلى العقود المتعارفة} لأن الشارع لم يغير العقد إلا نادراً، فالمرجع فيها العرف، وليس هذا يراد به لزوم أن يكون العقد في زمان الشارع حتى يرد عليه عدم تمامية ذلك، كما تقدم الكلام منا فيه، بل المراد لزوم أن يكون عرفياً، سواء كان قديماً أو حديثاً، ولذا صححنا عقد التأمين ونحوه.

{ووجه الصحة} لمثل هذه الحوالة بغير الجنس الذي على المحال عليه {أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به، وهذا هو الأقوى}

(١) سورة المائدة ١.

ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لي عليك من الدنانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه، وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشكال فيه، إذ هو نظير

مع رضى المحال عليه، كما قيده به السادة الوالد والبروجردي وغيرهما.

وقال في المستمسك: إذ الإشكال المشار إليه في الشرائع لا مجال له مع التراضي، لأن التسليط يكون بسلطنته، انتهى.

لكن ربما يقال: إنه بمجرد قبول المحال عليه لم يحصل وفاء، فليس إلاّ وعداً منه بالتبديل والوعد ليس واجباً، فهو كما إذا قال البائع: ائتني أبع لك البضاعة، فله أن لا يبيع، ولذا احتاط بعض المعلقين بقلب ما على المحال عليه بناقل شرعي بالجنس ثم الحوالة، فتأمل.

{ثم لا يخفى أن الإشكال إنما هو فيما إذا قال: أعط مما لي عليك من الدنانير دراهم، بأن أحال عليه بالدراهم} مع اعتبار أن تكون تلك الدراهم {من الدنانير التي عليه} حتى إذا أعطى عشرة دراهم نقص من دين المحال عليه دينار مثلاً.

{وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدنانير} كما إذا نسي المحيل أن له على المحال عليه دنانير، أو ما أشبه النسيان، فأحال عليه بدراهم {فلا ينبغي الإشكال فيه} لأنه لا تبديل عند المحال عليه {إذ هو نظير

إحالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها، وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير، وتشتغل ذمة المحيل له بالدراهم فيتحاسبان بعد ذلك، ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى، لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً، وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من

إحالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير} مع رضى المحال عليه، على ما تقدم من الحوالة على البريء.

{وحينئذ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها} حيث رضي بالحوالة {وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير} للمحيل {وتشتغل ذمة المحيل له بالدراهم} حسب الحوالة {فيتحاسبان} المحيل والمحال عليه {بعد ذلك} الأداء، إذ يطلب أحدهما من الآخر دراهم، والآخر منه دنانير.

{ولعل الخلاف أيضاً} (أيضاً) أي كما أن الدليل للبطلان {مختص بالصورة الأولى} من باب التبديل {لا ما يشمل هذه الصورة}، أي ما ذكرناه بقولنا: (وأما إذا) إلخ، {أيضاً} لأنها المنصرف من كلماتهم، حيث يريد المحيل التبديل، لا مثل ما إذا كان حوالة على البريء.

{وعلى هذا} الذي من (لعل) {فيختص الخلاف بصورة واحدة، وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة} وذلك {بأن} يحوله عليه لكي {يدفع من

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم} وحيث يأتي في المسألة الآتية أقسام من الحق الذي عليه من العين والمنفعة والعمل، لا فرق فيما ذكرناه من مورد الاختلاف بين كل الأقسام، والتي منها ما إذا اختلف الوصف وان اتحد النوع، كما إذا كان يطلبه حنطة بغدادية فيحول عليه بحنطة بصرية، وذلك لأن التبديل بينهما أيضاً يحتاج إلى رضى الطرفين المحيل والمحال عليه، أو المحتال والمحال عليه.

(مسألة ١): {لا فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمة} كأن يطلبه المحيل مائة دينار {أو منفعة} كخياطة الثوب {أو عملاً} كأن يخيط ثوباً، والفرق بين المنفعة والعمل أن المنفعة أثر العمل، فقد يطلب المحيل من المحال عليه أن يخيط له ثوباً، وقد يطلب منه خياطة ثوب، فالفرق بينهما كالفرق بين الإيجاد والموجود.

{لا يعتبر فيه المباشرة} إذ لو اعتبر فيه المباشرة على نحو مصب العقد أو القيد لم تصح الحوالة، مثلاً يطلب المحتال من المحيل أن يخيط ثوبه بنفسه، بأن وقع بينهما عقد مصبه ذلك، أو مقيد بمباشرة المحيل، فإنه لا يصح حينئذ حوالته ليخيط ثوبه المحال عليه.

نعم إذا كان بنحو الشرط من المحتال على المحيل صح للمحتال أن يرفع يده من شرطه ويقبل بالحوالة، وكذا في عكس المسألة، كما إذا طلب المحيل من المحال عليه أن يخيط ثوباً للمحيل، فإن كان بنحو المصب أو القيد لم يصح أن يحول المحيل المحتال بذلك على المحال عليه، إلا بنحو الحوالة على البريء، وإن كان بنحو الشرط صح رفع يده عن الشرط، وحوالة المحيل المحتال على المحال عليه.

وعليه فقوله: (لا يعتبر فيه المباشرة) يراد به ما كان الاعتبار بنحو لا يمكن فيه غير المباشرة، لا مطلقاً حتى يشمل مثل المشروط بالمباشرة بعد رفع اليد عن الشرط.

{ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة} مما كان الغرض منه الثواب والأجر الأخروي {سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها} لإطلاق الأدلة.

قال في الجواهر: بل لا يبعد إن لم يكن إجماعاً جواز الحوالة بالأعمال على البريء، أو على مشغولة الذمة للمحيل بمثلها، بناءً على أنها بحكم المال، بدليل وقوعها ثمناً للمبيع، وعوضاً للخلع، ومهراً في النكاح، من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره، وحينئذ فيصح إحالة مشغول الذمة بقراءة القرآن وزيارة أو صلاة أو حج أو غير ذلك على بريء، أو على مشغول الذمة بمثل ذلك، وكذا يصح ضمانه، انتهى.

أقول: لا إجماع في المسألة، كيف ولم يتعرض لها غير واحد ممن وجدتهم من الفقهاء، أما المعلقون كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم سكتوا على المتن، وقد ورد جعل سورة من القرآن مهراً كما ذكر في باب النكاح.

وقوله: (الثواب وغيره) مراده بالغير ما كان لحاجة، لا لصرف الثواب، وإلا فالثواب ــ أي الأمر الأخروي ــ والقربة متلازمان، ومثل هذه الأعمال لابد فيها القربة.

قال في الجواهر: لكني لم أجد مصرحاً به، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه، أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد والثوب، والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ضعيف، والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها.

أقول: نعم لا يأتي هنا جملة من المسائل المتقدمة في المال، مثل الحوالة بغير الجنس فيما إذا كان يطلبه صلاة فيحوله إلى من يطلبه صوماً، إلى غير ذلك، مثل صحة العبادة على المحال عليه مثل أن يكون مسلماً في الصلاة والصوم طاهراً، لا مثل الجنب والحائض وهكذا.

{وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيمياً كالعبد والثوب} فيما لم يكن الثوب مثلياً، كما صرح بعدم الفرق الشرائع وغيره، وإنما لا فرق لإطلاق الأدلة.

{والقول بعدم الصحة في القيمي} كما عن الشيخ وابن حمزة، بل نسبه الحدائق إلى الشيخ وجماعة {للجهالة}، مثلاً لو كان على المحيل شاة فأحالها على المحال عليه، يجهل المحال عليه خصوصياتها مما يوجب الغرر، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر.

{ضعيف و} ذلك لضعف دليله، إذ {الجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها} مما يوجب عدم الغرر عرفاً.

ومنه يعلم أن إشكال المستمسك على الاستدلال، بأن الجهالة لا تقدح في الحوالة وليس من شرائطها العلم، كإشكاله في الجواب غير ظاهر الوجه.

والظاهر أن التبدل عند المحال أو المحال عليه جائز في القيمي، كما جاز في المثلي على ما تقدم، لوحدة الدليل في كليهما.

ومنه يعلم صحة الحوالة في المثلي بالقيمة، سواء وجد المثلي أو لم يوجد فرضاً.

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برأت ذمة المحيل وإن لم يبرءه المحتال، والقول بالتوقف على إبرائه ضعيف، والخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال

(مسألة ٢): {إذا تحققت الحوالة برأت ذمة المحيل وإن لم ببرءه المحتال} إذا لم يكن المحتال مغروراً، وكان قاصداً إلى مثل هذه الحوالة، خلافاً لما إذا غره المحيل بأن أوهمه أن ذمة المحال عليه تشتغل بالإضافة إلى ذمة نفسه، كأنه من ضم ذمة إلى ذمة، حيث دليل أن «المغرور يرجع إلى من غر»[1] يشمل المحيل حينئذ.

كما أنه إذا لم يكن غرور، لكن المحتال زعم عدم فراغ ذمة المحيل بالحوالة فقبل على ذلك، بحيث كان قاصداً حين عقد الحوالة للحوالة التي هي ضم ذمة إلى ذمة، لم تصح الحوالة، لأن الحوالة الناقلة لم تكن مقصودة للمحتال، والعقود تتبع القصود.

نعم إذا قلنا في الحوالة بصحتها عند ضم ذمة إلى ذمة، كما تقدم القول به في الضمان، صحت الحوالة المذكورة و لم تبرأ ذمة المحيل.

{والقول بالتوقف على إبرائه} كما عن نهاية الشيخ وأبي علي والقاضي والحلبي والمقداد استناداً إلى رواية تأتي، {ضعيف و} ذلك لأن {الخبر الدال على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال} لا يمكن العمل به بظاهره، وذلك لابتلائه بالمعارض الأقوى.

(١) المستدرك: ج٢ ص٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح٦.

فقد روى زرارة في الصحيح، عن أحدهما (عليهما السلام)، في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك، فقال (عليه السلام): «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع إلى الذي أحاله»[1].

ويؤيده خبران آخران نقلهما المستدرك عن الدعائم[2].

فقد روي عن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه قال: في رجل كانت له على رجل دراهم فأحاله بها على رجل آخر، فقال: «إن كان حين أحاله أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يأخذ أيهما شاء إذا تكفل له المحال عليه».

وعنه (عليه السلام) أنه قال: «إذا كان لرجل على رجل دين وكفل له به رجلان، فله أن يأخذ أيهما شاء، فإن أحاله أحدهما لم يكن له أن يرجع على الثاني إذا أبرأه»[3].

و{المراد منه القبول لا اعتبارها} أي الإبراء {بعده} بعد القبول {أيضاً} وإنما نحمله على هذا المحمل لأنه بظاهره معارض بأخبار عمل بها المشهور، فاللازم تأويل تلك الصحيحة بما لا ينافي الروايات المذكورة، وهناك محامل أخر

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٢٩٨ الباب٨١ من أبواب الضمان ح٢.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٢٩٨ الباب٨١ من أبواب الضمان ح٢.

يأتي ذكر جملة منها.

فقد روى الكليني، عن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه، قال: «لا يرجع أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[1].

وروى الشيخ عن زرارة مثله.

وبإسناده عن أبي أيوب الخزاز، أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) وذكر مثله.

وعن عقبة بن جعفر، عن أبي الحسن (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع إلى صاحبه إذا احتال ورضي، قال (عليه السلام): «لا»[2].

فإن هذه الروايات لا جمع عرفي بينها وبين الصحيحة السابقة، ولذا قال في المستمسك: حمل هذه النصوص على صورة الإبراء فيكون الجمع من حمل المطلق على المقيد بعيد، فإن الاستثناء دليل على كون المتكلم في مقام الحصر، ولا سيما وأن اعتبار الإبراء بعيد عن المرتكزات العرفية جداً، فيكون أولى بالتنبيه عليه من صورة الإفلاس، انتهى.

ثم إنهم حملوا الصحيحة على محامل، أشهرها ما تقدم من المصنف، وقيل بحملها على ما إذا شرط المحيل البراءة حتى وإن ظهر إفلاس المحال عليه

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٨ الباب ١١ من أبواب الضمان ح١، الفقيه: ج٢ ص١١ ٣١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١١ من أبواب الضمان ح٣، الفقيه: ج٢ ص٦٦.

وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال، فينتقل الدين إلى ذمته وتبرأ ذمة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به

فإنه يبرأ بذلك وإن ظهر الإفلاس أن يقبل المحتال الشرط ويقول: برئت مما لي عليك.

وقيل بحملها على ما إذا ظهر بعد التحويل إعسار المحال عليه فأبرأ المحتال المحيل، فإنه لا حق له في الرجوع بعد ذلك.

قال في الجواهر: بل رد هذا القول مضافاً إلى ما ذكرنا، بالإجماع بقسميه على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، ثم ناقش في الإجماع.

ومما تقدم ظهر أنه يلزم أنه يؤول قوله (عليه السلام) في رواية الدعائم: «فله أن يأخذ أيهما شاء»، إما على إرادة الانضمام مع القول بصحة ذلك، وإما على إرادة أنه إن قبل رجع إلى المحال عليه، وإن لم يقبل رجع إلى المحيل.

لكن في المسالك قال: إن بعض العامة جعل الحوالة كالضمان بمعنى الضم، وفساده ظاهر.

{وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الدين إلى ذمته} نصاً وإجماعاً على ما عرفت {وتبرؤ ذمة المحال عليه للمحيل} فيما كان المحال عليه مديوناً للمحيل {إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به} فإذا كان طلب المحيل مائة وحول إليه مائة برأت ذمة المحال عليه، وإن حول عليه تسعين برأت من التسعين، وإن حول عليه مائة وعشرة برأت من المائة وكان بالنسبة إلى العشرة من الحوالة على البريء.

ولا فرق في أن يأخذ المحال عين ما أحيل أو غيره برضاية المحال عليه، وإن لم يرض المحيل بالتبديل، لأن الأمر خرج عن يده.

وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه إن كانت على بريء أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان بعد ذلك.

وقد روى الشيخ، عن داود بن سرحان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له على رجل دنانير فأحال عليه رجلاً بدنانير أياخذ بها دراهم، قال (عليه السلام): «نعم»[١].

ورواه الصدوق بإسناده عن البزنطي كما في الوسائل[٢].

{وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه إن كانت على بريء} وقبل المحال عليه، بلا إشكال ولا خلاف، إذا لم يقصد المحيل التبرع وقبل المحال عليه وإلا لم تشتغل ذمته، لأنه لا دليل اليد ولا الاستهلاك يشمل المقام كما هو واضح.

{أو كانت بغير المثل} ولم يقصد المبادلة بين ما عليه وبين ما حوله على المحال عليه، وإلا فإذا قصد المحيل المبادلة وقبله المحال عليه لم يكن وجه لاشتغال ذمة المحيل، وقد تقدم الكلام في ذلك في مسألة تبديل الدين عند المحتال، أو عند المحال عليه.

نعم إذا كانت الحوالة بغير المثل بدون التبديل عند المحال عليه، اشتغلت ذمة المحيل للمحال عليه بمثل ما أحال عليه.

{ويتحاسبان بعد ذلك} فإذا طلب من المحال عليه عشرة دنانير وحول عليه تسعين درهماً، وتحاسبا بقي من طلبه عليه دينار إذا كان كل دينار عشرة دراهم مثلاً، وقد تقدم مسألة التحاسب.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان ح١، التهذيب: ج٢ ص٦٦.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١٢ من أبواب الضمان، ذيل الحديث السابق.

ثم إن بعض المعلقين أشكل على المتن بقوله: اشتغال ذمة المحيل في الحوالة على البريء بمجرد الحوالة محل منع، والمحقق اشتغال ذمته بعد أداء المحال عليه كما في الضمان، وقد مر أنه مطابق للقواعد، وأما الحوالة على المشغول بغير الجنس، فقد مر منه (قدس سره) أنه وفاء بغير الجنس فلا وجه لاشتغال ذمته له، انتهى.

ويرد عليه:

أولاً: إن الحوالة توجب اشتغال ذمة المحال عليه إذا رضى في البريء، فصار المحال عليه مديوناً، وفي قبال صيرورته مديوناً يكون المحيل مديوناً له فلا شأن للوفاء في اشتغال ذمة المحيل، وهذا هو مقتضى إطلاق النص والفتوى، حيث قال (عليه السلام): «لا» في جواب (أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي) كما في رواية عقبة المتقدمة[1]، والتنظير بالضمان غير ظاهر الوجه، حيث هناك دليل خاص غير موجود مثله هنا.

وثانياً: قد مر الإشكال على المصنف في جعله الحوالة على المشغول بغير الجنس وفاءً فراجع، وسيأتي في المسألة العاشرة بعض الكلام في ذلك، ولذا سكت على المتن السادة الوالد وابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٩ الباب ١١ من أبواب الضمان ح٤.

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على مليء.

(مسألة ٣): {لا يجب على المحتال قبول الحوالة} بلا إشكال ولا خلاف، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وعن الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة وغيرها إجماع المسلمين عليه إلا من شذ، ويدل عليه أنه خلاف سلطنة المحتال على نفسه وماله.

كما أنه لا يجب على المحيل قبوله الإحالة إذا طلب منه الدائن له، لأن وجوب القبول خلاف سلطنته.

نعم للحاكم الشرعي ــ باعتبار أنه الممتنع ــ جبر المحيل على الحوالة إن انحصر وفاء دين المحتال على ذلك، وإن لم يقبل أحاله الحاكم بنفسه.

{وإن كانت} الحوالة {على مليء}، وينقل عن داود الظاهري وجوب القبول حينئذ للنبوي: «إذا أحيل على الملي فليحتل».

وفيه: إن ضعف السند واحتمال إرادة القبول استحباباً، مما يؤيده النص والإجماع على العدم، مانع عن العمل به.

(مسألة ٤): الحوالة لازمة، فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة، نعم لو كانت على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز

(مسألة ٤): {الحوالة لازمة، فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة} المحيل والمحتال والمحال عليه، وهذا هو الذي ذكره غير واحد، بل ادعى المختلف وغيره الإجماع عليه.

قال في الجواهر: إن الحوالة من العقود اللازمة، مضافاً إلى النصوص السابقة، خصوصاً خبر عقبة منها، بل عن الخلاف إنه المروي عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، فما عن أبي حنيفة من أن له الرجوع إذا جحده المحال عليه أو مات مفلساً، وعن عمرو أبي يوسف ومحمد بن الحسن: إذا أفلس وحجر عليه الحاكم، واضح الفساد، ثم استند إلى النص والإجماع وأصل اللزوم.

ونقل عن سلار جواز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تتمة القبول بدونه، قال: وهو شاذ نادر واضح الضعف، ومعنى عدم جواز الفسخ عدم صحته، وعدم جواز ترتيب أثر الفسخ إذا فسخ، فإذا فسخ لم يجز له أخذ الدين من المحيل، كما أنه إذا أخذه منه كان اللازم على المحال عليه ــ إذا لم يكن بريئاً ــ أن يرد المال على المحيل، لأن الحوالة قد بطلت، مثل ما إذا لم يسلم أحد المتعاملين المال إلى الآخر، أما إذا كان بريئاً فلا شيء لأحد من المحال عليه والمحيل على الآخر.

{نعم لو كانت} الحوالة {على معسر مع جهل المحتال بإعساره يجوز} له

البقاء لأنه حقه في البقاء، كما يجوز {له الفسخ والرجوع على المحيل} بلا إشكال ولا خلاف.

قال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، كما عن الغنية الاعتراف به، بل في محكي التذكرة نسبته إلى علمائنا، والسرائر إلى أصحابنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه.

أقول: يدل عليه بالإضافة إلى دليل «لا ضرر» بالتقريب الذي ذكروه في خيار الغبن، روايتا أبي أيوب ومنصور المتقدمتان في المسألة الثانية.

ثم إن مرادهم بالرجوع على المحيل أعم من تركته بعد موته، فإذا علم المحتال بالإعسار، وقد مات المحيل رجع إلى تركته وهو مقدم على الإرث، قال سبحانه: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصي بِها أو دَيْنٍ﴾[1]، وهل للمحتال أن يرجع في بعض الحوالة دون بعض الظاهر ذلك، لأن المعاملات قابلة للتبعيض، وهي تعقد غالباً كمعاملات متعددة، ولذا قالوا به في مسألة تبعض الصفقة.

نعم لكل من المحيل والمحال عليه ــ إذا اشترط رضاه ــ أن يفسخ الحوالة حينئذ، لتبعض الصفقة عليه.

ثم إن المحتال إذا علم بإعسار المحال عليه ورجع إلى المحيل بطلت

(١) النساء: الآية ١١.

الحوالة، كما هو المستفاد من النص والفتوى، فليس له أن يرجع إلى المحال عليه بعد الرجوع.

نعم لو شك في أنه هل رجع أم لا، كما إذا نوى في نفسه الرجوع من غير مظهر له، كان الأصل بقاء الحوالة.

{والمراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين} وإذا تحقق الإعسار أو الفلس كما في الروايات، وكان مع ذلك المحال عليه باذلاً بأن يبيع داره مثلاً، أو يطلب من غيره إعطاءه تبرعاً على المعسر لا ديناً مثلاً، فهل له الفسخ والرجوع إلى المحيل، احتمالان، من إطلاق النص وكلماتهم، ومن أنه لا ضرر على المحال حينئذ، والأدلة منصرفة إلى صورة عدم البذل، لكن يأتي عدم فائدة الغني بعد العسر.

وكيف كان، فقد اختلف عباراتهم في هذا الشرط، قال العلامة في القواعد: وعلم المحتال بإعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم.

وقال في موضع آخر: ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ.

وقال في مفتاح الكرامة: فلو كان معسراً واحتال عليه مع جهله بإعساره كان له فسخ الحوالة، سواء شرط اليسار أو أطلق، عند علمائنا، كما في التذكرة. ونسب في السرائر إلى أصحابنا اعتبار الملائة وقت الحوالة، أو علم المحتال بإعساره.

وفي الخلاف: الإجماع على الأول.

وفي الغنية: نفي الخلاف عنه.

نعم في الشرائع عبر بلفظ الفقر، قال: ولو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ والعود إلى المحيل، وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه.

والظاهر أن كلا الطرفين أرادا شيئاً واحداً، والذي يفهم من الروايات ولو بمعونة القرينة الخارجية أن المعيار الوفاء وعدمه، فلو كان مفلساً ويفي لم يكن له الرجوع، وإن كان مفلساً بحيث لا يفي أو معسراً بدون التفليس ولا يفي كان له الرجوع، فليس المعيار الفلس والعسر والفقر، أما إذا كان ملياً ولا يفي لا حق له للزوم العقد وإجبار الحاكم له.

ومنه يعلم عدم كون المناط الزيادة على مستثنيات الدين وعدمها، وعليه فإذا كان فقيراً شرعاً، أي لا يملك قوت سنته قوة أو فعلاً، ويملك زائداً على مستثنيات الدين، كان للمحتال الفسخ إذا لم يستعد لدفع الحوالة، إذ لا يحق للمحتال جبره، حيث إن زائده لا يجبر على أخذه منه، إذ لا يحق للحاكم الجبر إلا في الزائد عن مؤنة السنة، وإنما ليس للحاكم الجبر لأنه إذا لم يملك قوت السنة قوةً وفعلاً صدق عليه ذو عسرة، فشمله قوله سبحانه: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ﴾، وعليه لم يملك الحاكم جبره.

فتحصل: إن المحتال ليس له حق الفسخ في صورة ملاءة المحال عليه ـــ إلا إذا كان البقاء ضرراً حيث يماطل فله حق الفسخ بدليل لا ضرر على ما استدلوا به في خيار الغبن ـــ وفي صورة استعداد المحال عليه الدفع ولو كان مفلساً، بأن يدفع بعد طلبه من متبرع دفعه، إذ

وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم، ولا يعتبر فيه كونه محجوراً، والمناط الإعسار واليسار حال الحوالة وتماميتها

الدليل الدال على رجوعه، إذا أفلس منصرف عن ذلك.

أما المليء، فإن أمكن جبره بسبب الحاكم أو التقاص لا يحق له الفسخ، وإلا حق له الفسخ.

ومما تقدم ظهر وجه قول المصنف: {وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم}، حيث قلنا: (والظاهر أن كلا الطرفين...).

{ولا يعتبر فيه كونه محجوراً} إذ ليس المراد بالفلس في الرواية إلا الموضوع العرفي، كما هو المنصرف منه، وما ذكرناه أولى مما ذكره المستمسك بقوله: لإطلاق النصوص التي أخذ موضوعها المفلس واقعاً في مقام الثبوت فلا يعتبر أن يكون في مقام الإثبات.

{والمناط الإعسار واليسار حال الحوالة} لقوله (عليه السلام): «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[1].

وفي رواية أخرى: «ثم يتغير حال الصيرفي»[2].

فالمعيار في اللزوم الإعسار بعد تمام الحوالة، ولذا قال: {وتماميتها} فإذا كان قبل الحوالة معسراً أو كان حين الحوالة معسراً كان له الفسخ، فإنه وإن لم يذكر حال الحوالة في الروايات، بل ظاهر الروايات التدافع في ما أعسر حال الحوالة،

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٥٨ الباب ١١ ح١.

(٢) المصدر: ص١٥٩ ح٣.

حيث إن قوله في خبر أبي أيوب: (قبل ذلك) يدل على عدم حقه في الفسخ إذا أفلس حال الحوالة، وقوله في خبر عقبة: (ثم يتغير) يدل على أن التغير بعد الحوالة لا يدع مكاناً للفسخ، مما يفهم منه أن التغير حال الحوالة يوجب الفسخ، إلا أن المتفاهم عرفاً بعد الجمع بينهما أنه إذا تمت الحوالة في حال اليسار لا حق له في الفسخ، فالعسر حال الحوالة حاله حال العسر قبل الحوالة.

ولذا قال في المستمسك: ظاهر رواية أبي أيوب اعتبار الإفلاس حال الحوالة، والتعبير بذلك مبني على الغالب لندرة المقارنة بينهما حدوثاً.

ولو اختلفا في أنه هل افتقر قبل الحوالة أو بعدها، فإن كانت حالة سابقة استصحبت، وإلا فالأصل صحة الحوالة لأصالة اللزوم، فالبينة على مدعي الفقر.

{ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ} كما اختاره الجواهر وغيره، واستدل له بإطلاق النص والفتوى، أما احتمال الفور، وقد أفتى به محكي الحواشي، فقد يتمسك له بإطلاق أصالة اللزوم، والخارج منه بالقطع الفور فيبقى الباقي تحت الأصل، وقد استدلوا بمثل ذلك في خيارات المعاملات، وحيث إن تفصيل الكلام في المكاسب فلا داعي إلى تكراره هنا.

ومما تقدم ظهر الإشكال في الاستدلال للفور بأنه المتيقن بعد الشك في إطلاق النص، لأنه لم يعلم نظره إلى هذه الجهة، بالإضافة إلى أنه لو شك في الإطلاق كانت أصالة الإطلاق محكمة كما قرر في محله.

{ومع إمكان الاقتراض} للمحال عليه {والبناء عليه} بما لايكون حوالته موجبة

يسقط الخيار للانصراف على إشكال، وكذا مع وجود المتبرع.

لغرر المحتال {يسقط الخيار للانصراف} أي انصراف ما دل على الخيار له عن هذه الصورة، خلافاً للجواهر حيث قال: نعم الظاهر ثبوت الخيار له، وإن بذل المال بقرض ونحوه، بل ولو تبرع متبرع عنه للإطلاق.

أقول: ولعله الوجه في قول المصنف: {على إشكال}، إلا أن الأقرب سقوط الخيار، أما ما ذكرناه من التقييد فلأنه مع الغرر لا وجه لسقوط الخيار، وإن أمكن الاقتراض وبنى، والسيد الجمال ذهب إلى رأي الجواهر، بينما السادة الوالد وابن العم والبروجردي سكتوا على المتن.

أما قول المستمسك: من أن العمل بإطلاق دليل الخيار المقتضي للتراضي متعين، وأما دعوى الانصراف فممنوعة، ولو كان الانصراف موجباً لسقوط الخيار بتجدد اليسار كان موجباً لثبوته بتجدد الإعسار وهو خلاف النص، فمنشأ الانصراف مخالف للنص، انتهى.

فيرد عليه: إذا سلم الانصراف هنا لم يكن وجه لقياسه بمسألة أخرى، بجعل الجميع من باب واحد مع وجود الفارق بين هذه المسألة ومسألة تجدد اليسار أو الإعسار.

{وكذا مع وجود المتبرع} لكون الاقتراض والتبرع من باب واحد، فالكلام في أحدهما بعينه هو الكلام في الآخر.

ثم إن الفقهاء فرضوا المسألة في ما إذا علم بسبق وتجدد اليسار، قال في القواعد: وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر إشكال.

قال في مفتاح الكرامة: ينشأ هذا الإشكال من زوال الضرر، ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب، وهذا هو الأظهر من إطلاق النص والفتوى، ثم نقله عن جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض.

وعلله في الجواهر بتحقق المقتضي له فيستصحب، وليست العلة الإعسار ما دام ليزول بزواله، ودعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق.

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكروه للإطلاق، ولا دليل على أن الضرر علة، بل الغالب أن تكون العلل المذكورة في الأدلة حِكَماً، وإلا فالأحكام جارية من باب ضرب القاعدة وإن لم توجد تلك العلل، وإنما لم يأخذ بالإطلاق في فرض المصنف للانصراف.

أما كلام الفخر حيث بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات أو عللاً حقيقية، وعلى الثاني: هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج، فعلى الأولين يثبت الخيار، وعلى الثاني من الثاني يزول.

فلا يخفى ما فيه، إذ هو خلط بين الأدلة اللفظية التي هي المعيار، والاستحسانات العقلية، مع أن مبنى الفقه الأول فقط، ولذا أشكل عليه المستمسك وغيره، وإن قال في مفتاح الكرامة: إنه تحقيق قوي، وقال في الجواهر: إنه لا بأس به.

وعليه فمع تجدد اليسار يبقى الخيار، ومع تجدد الإعسار يبقى اللزوم، ولو اختلفا فقال المحتال: لي الخيار لتجدد اليسار، وأنكره المحال عليه، كان القول قوله لأصالة اللزوم.

(مسألة ٥): {الأقوى جواز الحوالة على البريء} كما هو المشهور شهرة عظيمة، وعن السرائر الإجماع عليه.

قال في الجواهر: وهو الحجة بعد إطلاق النصوص السابقة، وعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها.

أقول: بل ويدل عليه العقل أيضاً، حيث إنه عمل عقلائي لا مانع منه.

وعليه فالأدلة الأربعة تقتضي ذلك، والمراد بإطلاق النصوص ما تقدم من أخبار أبي أيوب ومنصور وعقبة، واحتمال أن لا إطلاق لها لأنها في مقام بيان حكم آخر خلاف المستفاد منها عرفاً، فهنا دليلان من النص، دليل عام مثل: ﴿أَوْفُوا﴾[1]، ودليل خاص مثل الروايات، وقد سبق أن ﴿أَوْفُوا﴾ لا يدل على أنه عقد مّا، بل ما يسمى في العرف بشيء يشمله: ﴿أَوْفُوا﴾ بنفس ذلك العنوان.

هذا ومع ذلك فالمنقول عن الشيخ في آخر الباب من المبسوط، والقاضي وابن حمزة عدم صحة الحوالة على البريء، وكأنه لأصالة عدم ترتب الأثر، وفيه: إنه لا مجال للأصل بعد الأدلة المذكورة.

أما ما في جامع المقاصد من أن مبنى القولين على الخلاف في أن الحوالة اعتياض أو استيفاء، فعلى الأول لا تجوز، وعلى الثاني تجوز، وهو المحكي عن الشهيدين في الحواشي والمسالك.

---

(١) المائدة: الآية ١.

ولا يكون داخلا في الضمان.

ففيه: ما ذكره مفتاح الكرامة والجواهر وتبعهما المستمسك، من أنها أصل برأسه وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال والاعتياض في بعض آخر، فهي مثل الصلح حيث إن لحوق أحكام متعددة به لا يجعلها من تلك العناوين ذات الأحكام المذكورة.

ولذا قال الشيخ في محكي الخلاف: إن الذي يقتضية مذهبنا أن نقول إنها عقد قائم بنفسه، انتهى.

ويؤيد عدم كونها أحدها أن المفهوم من الحوالة شيء، بينما المفهوم من الوفاء والاعتياض شيء آخر، أما ما تقدم من المصنف من أنها وفاء كما سبق في الشرط السادس، فقد تقدم أنه من باب التوسعة في التعبير.

ثم إنه قد سبق أن الحوالة على المديون قد ينخرط في ضمن الحوالة على البريء، باعتبار أن المحيل لا يريد حوالة المحتال على ما يطلب، بل على غير ما يطلب، ولعل مرادهم هنا الأعم من القسمين عند ذكرهم البريء.

{ولا يكون داخلاً في الضمان} لما عرفت من تعدد المفهوم، وإن جعلها جماعة كالشرائع والقواعد أشبه بالضمان، بل عن الكاشاني الأظهر أنها ضمان، والظاهر أنهم لاحظوا أن الحوالة خاصة الضمان في انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه كانتقاله إلى ذمة الضامن البريء.

لكن فيه: ما ذكره الجواهر من عدم حصول إنشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضماناً، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحوالة التي

هي حينئذ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك في ذمة البريء أو الاعتياض عنه بذلك، وهو معنى غير معنى الضمان، إلى آخره.

وكيف كان، فاشتراكهما في بعض الآثار لا يجعلهما شيئاً واحداً، ولعل الفاضلين عبرا بالأشبه لهذا السبب.

(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة.

(مسألة ٦): {يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة} أحدهم، أو اثنان منهم، أو ثلاثتهم، كما ألمع إلى ذلك الجواهر، وقرره كافة المعلقين، وفي المستمسك: بلا إشكال ظاهر عملاً بعموم نفوذ الشرط وصحتها.

ومنه يعلم صحة جعل أحدهم الخيار لأجنبي، كما إذا قال: إني أقبل الحوالة لكن لأبي الحق في فسخها، كما ذكروا مثله في باب المؤامرة.

وفي المقام سائر ما ذكروه في باب الخيار من كونه مطلقاً أو ذا مدة، إلى غير ذلك.

(مسألة ٧): {يجوز الدور في الحوالة} بأن يحيل المحال عليه في بعض مراتب الحوالة على المحيل الأول، أو غير الأول، فيرجع المحتال أولاً أو وسطاً بعد ذلك عليه، وقد ذكر الدور في الحوالة العلامة وغيره، بل في الجواهر لم نجد خلافاً هنا، وإن سمعته في الضمان.

أقول: ويدل عليه بالإضافة إلى دليل الحوالة عموماً أو مناطاً، إطلاقات أدلة العقود بالتقريب الذي ذكرناه غير مرة من أنها تقتضي جريان الأحكام الخاصة بالعقد المذكور عرفاً، لا أنه عقد جديد، وقد تقدم الإشكال والجواب في باب الضمان عن الضمان الدوري فراجع.

ولذا الذي ذكرناه من عدم الإشكال في الدور سكت على المتن كافة المعلقين، وأيده المستمسك وغيره.

{وكذا يجوز الترامي} كما ذكره الشيخ والفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل الظاهر أنه لا إشكال فيه عندهم، ولذا أرسلوه أرسال المسلّمات.

والترامي على قسمين: فهو إما {بتعدد المحال عليه واتحاد المحتال} كأن يحيل زيد عمرواً على محمد، ويحيله محمد على علي، وهكذا، فيكون المحتال واحداً والمحيل متعدداً، ويدل عليه دليل الحوالة والإطلاقات، كما تقدم مثله في الدور.

أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه.

{أو بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه} كأن يحيل زيد عمرواً على محمد، ويحيل عمرو المحتال علياً على محمد، ويحيل علي الحسن على محمد وهكذا، فإن المحتال تعدد وإن اتحد المحال عليه، والدليل عليه ما تقدم.

ثم إن التعدد في المحتال والمحال عليه، قد يكون بالنسبة إلى كل مال الحوالة، وقد يكون بالنسبة إلى بعضه، كما إذا أحال المحال عليه ببعض مال الحوالة ودفع هو البعض الآخر، وكذا بالنسبة إلى تعدد المحتال، وذلك لإطلاق الأدلة.

(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برأت ذمته، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال، وكذا لو تبرع المحيل عنه.

(مسألة ٨): {لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برأت ذمته} إذا أخذه المحتال، وذلك لا إشكال فيه ولا خلاف على ما وجدت من كلماتهم.

قال في المستمسك: ضرورة جواز التبرع عن الغير في وفاء دينه، وعدم اعتبار المباشرة فيه عرفاً، ويقتضيه جواز وفاء الوارث دين المورث، وما دل على وفاء دين الفقير من الزكاة، وما ورد في وفاء الولد دين والده وأنه يكتب بذلك باراً.

أقول: وما ورد من وفاء المشتري دين البائع من باب الزكاة التي على البائع، وما ورد من قبول الإمام السجاد (عليه السلام) دين أسامة، وغير ذلك من الموارد المتعددة، وقد ذكرنا بعضها في كتاب الضمان.

نعم إذا لم يقبل المحتال أن يأخذه من غير المحال عليه، حق له ذلك، خصوصاً إذا كانت فيه عليه منة، لتسلط الناس على أنفسهم، وكذا كل من أراد دفع دين الآخر و لم يقبل المدين ذلك.

{وكذا لوضمن عنه ضامن برضى المحتال} وقد تقدم في كتاب الضمان وجهه، وكأن قوله: (برضى) راجع إلى كلتا الجملتين، لا الجملة المتأخرة فقط.

{وكذا لو تبرع المحيل عنه} لما تقدم من تبرع الأجنبي.

ولو لم يرض

المحال عليه بإعطاء المحيل أو الأجنبي دينه فأعطاه أحدهما وقبله المحتال، كان مثل إبراء المحتال له، حيث إن الإبراء لا يحتاج إلى إجازة المدين، فإن ذمته تبرأ وإن كره، لأن الإبراء إيقاع فلا يحتاج إلى طرف آخر، وقد ألمعنا إلى ذلك في كتاب الضمان.

قال في مفتاح الكرامة: وفي جامع المقاصد إن الترامي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة، وفي مجمع البرهان: إن الترامي إلى غاية فتأمل، ثم قال: وليعلم أنه يصح ترامي الكفالة دون دورها، لأن حضور المكفول يبطل ما تأخر منها.

(مسألة ٩): لو أحال فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة، فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أداه، لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل

(مسألة ٩): {لو أحال عليه فقبل وأدى، ثم طالب المحيل بما أداه فادعى} المحيل {أنه كان له عليه} أي على المحال عليه {مال} وأنه كان من الحوالة على المديون {وأنكر المحال عليه} أنه كان مديوناً، قال: بل كان من الحوالة على البريء، ولذا إني أطلب من المحيل ما أديته.

{فالقول قوله} أي المحال عليه {مع عدم البينة} للمحيل {فيحلف} المحال عليه {على براءته ويطالب عوض ما أداه} من المحيل، وذلك {لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل}، إذ قول المحال عليه ببراءة ذمته موافق للأصل، فالبينة على خصمه واليمين عليه، فإذا حلف المحال عليه فهو، وإن لم يحلف يبنى على ثبوت الأمر بمجرد النكول لخصمه، أو الاحتياج إلى حلف المحيل اليمين المردودة، كما فصلناه في كتاب القضاء.

وبذلك يظهر ضعف قول بعض المعلقين: من أن كون القول قول المحال عليه إنما هو إذا لم يكن المتعارف ــ ولو فى نوعه ــ اشتغال ذمة المحال عليه، وإلا فيقدم قول المحيل لكونه موافقاً للظاهر، انتهى.

إذ الظهور لا حجية له في أمثال المرافعات.

أما ما في الدعائم ــ كما في كتاب المستدرك باب آداب القاضي ــ عن علي

ودعوى أن الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء مدفوعة بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه

(عليه السلام)، أنه كتب إلى رفاعة لما استقضاه على الأهواز: «واقض بالظاهر، وفوض إلى العالم، ودع عنك الباطن»(1). فليس المراد الأخذ بالظاهر على خلاف قاعدة «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، وإلا لزم اختصاص القاعدة بما لا ظاهر وهو خلاف إطلاقها، وخلاف الموارد الجزئية الواردة في الروايات والسيرة المستمرة، بل المراد الظاهر المدعوم بالدليل، مثل سوق المسلم ويد ذي اليد، وما يقتضيه الإقرار ونحو ذلك، فليس على القاضي أن يحقق، وإن كان كثير من الظواهر المدعومة على خلاف الباطن لو حقق حولها.

{ودعوى أن الأصل أيضاً} في جانب المحيل فيتساقط الأصلان، إذ هو يقتضي {عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء} فيكون الأمر من باب التداعي، كما هو كذلك في كل مورد لا أصل في جانب حتى يتحقق المدعي والمنكر، وفي التداعي يعمل بقاعدة العدل من التنصيف أو القرعة.

{مدفوعة بأن} أصل عدم اشتغال ذمة المحيل غير جار، لأن {الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه} فإن ذمة المحيل إنما تشتغل بمثل ما أداه المحال عليه، إذا لم تكن ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل، فإذا شك في أنه هل اشتغلت ذمة المحيل يلزم ملاحظة:

---

(1) المستدرك: ج2 ص195 الباب 1 من أبواب آداب القاضي ح1.

وبعد جريان أصالة براءة ذمته يرتفع الشك، هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها

هل أن ذمة المحال عليه كانت مشغولة أم لا، فإذا جرى الأصل في أن ذمة المحال عليه لم تكن مشغولة لم يبق مجال لإجراء أصالة عدم اشتغال ذمة المحيل، بل تشتغل ذمة المحيل من جهة أنه بأمره أعطى المحال عليه المال للمحتال، فهو نظير ما إذا اشترى المشتري من البائع، ثم ادعى أنه كان يطلب البائع بمقدار الثمن وأنكر البائع، فإنه لا يقبل قول المشتري بطلبه إلا بالبينة، فإذا لم تكن له بينة كان البائع منكراً ويحلف ويثبت حقه على المشتري، فإن أصالة براءة المشتري لا مجال لها بعد جريان أصالة برائة البائع عن طلب المشترى منه.

وإن شئت قلت: إن مجموع (كون المشتري استوفى المبيع، وأصالة براءة ذمة البائع) يوجب كون الحق مع البائع إلا إذا أقام المشترى دليلاً على أنه كان يطلب من البائع، وحيث لا دليل له فالحلف على البائع، وكذا الكلام في المحيل والمحال عليه في المقام.

{وبعد جريان أصالة براءة ذمته} ذمة المحال عليه {يرتفع الشك، هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل} بأنه كان يطلب المحال عليه بمقدار ما أداه المحال عليه على المحتال {لأن مرجع الخلاف} بينهما {إلى صحة الحوالة} التي يدعيها المحيل، لأنه كان يطلب من المحال عليه، {وعدمها} الذي يدعيه المحال عليه، لأنه يقول: إنه

كان بريئاً، فلما دفع المال إلى المحال عليه طلب بدله من المحيل.

{ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل} لأصالة صحة العقد في ما إذا شك في صحته وبطلانه، وإذا ثبتت صحة العقد لزم ذلك براءة ذمة المحيل، وذلك لأخصية دليل أصل الصحة من أدلة الأصول المقتضية للفساد، إذ أصل الصحة وضع في محل أصل الفساد، فإذا لم يقدم أصل الصحة على أصل الفساد كان تشريع أصل الصحة بلا مورد.

وبهذا تبين أن جعل المحقق والشهيد الثانيين التعارض بين أصل الصحة مع أصل براءة ذمة المحال عليه غير ظاهر الوجه، ولذا أشكل عليهما مفتاح الكرامة والجواهر وغيرهما بتقديم أصل الصحة على أصل براءة ذمة المحيل.

وقد سكت على المتن جملة من المعلقين كالسيدين الجمال وابن العم، خلافاً لآخرين، ومنهم السيدان الوالد والبروجردي، حيث أشكلا في تقديم قول المحيل بناءً على عدم صحة الحوالة على البريء.

وهذا هو الأظهر، لأن المعيار في المرافعات مصب الدعوى، لا ما يؤول إليه النزاع، على ما ذكرناه في كتاب القضاء، وألمعنا إليه في كتاب المضاربة وغيرها مكرراً، فإن النزاع بين المحيل والمحال عليه في أن المحال عليه هل يطلب المحيل أم لا، المحال عليه يقول: إني دفعت مالاً بأمرك إلى المحتال، فاللازم عليك إعطاء بدله، سواء كانت الحوالة صحيحة، لأنها حوالة على المديون، أو باطلة لأنها حوالة على البريء، فإن بطلان الحوالة على البريء لا يستلزم عدم مديونية

ودعوى أن تقديم قول مدعي الصحة إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه

المحيل للمحال عليه، فإن من أخذ من غيره مالاً بعقد باطل كان مديوناً للمأخوذ منه.

وكذا إذا كانت الحوالة باطلة فقد استوفى المحيل مالاً من المحال عليه بسبب المحتال، فاللازم عليه أن يعطي بدله للمحال عليه إلا إذا أثبت أن المحال عليه كان مديوناً له، وحيث لا بينة للمحيل يحلف المحال عليه على براءة ذمته من دين للمحيل ويستوفي المال من المحيل.

وقد أشكل المستمسك على المتن بصورة أخرى قال:

يشكل ما ذكر بأن أصل الصحة وإن اقتضى اشتغال ذمة المحال عليه لكن بلحاظ أثر الصحة لا بلحاظ أثرآخر، فإذا وقع عقد أو إيقاع من مشكوك البلوغ وكان أصل الصحة يقتضي تحقق البلوغ لم تجز ترتيب آثار البلوغ كلية، بل يختص بصحة العقد المذكور.

وكذلك إذا شك في الطهارة بعد الفراغ من الصلاة، فإنه لا يترتب على أصالة صحة الصلاة إلا الطهارة من حيث الصلاة الواقعة فلا يجوز له أن يصلي صلاة أخرى بلا طهارة اعتماداً على أصالة صحة الصلاة المثبتة للطهارة، فلا تثبت الطهارة بلحاظ سائر آثارها، كما بنى على ذلك المصنف في مباحث الشك من مباحث الخلل، وكذلك غيره ممن سبقه أو لحقه.

{و} الــ {دعوى} التي ذكرها في الجواهر معترضاً على نفسه في إشكاله على المحقق والشهيد الثانيين في كلامهما المتقدم من {أن تقديم قول مدعي الصحة} في صورة تعارض أصلي الصحة وبراءة المحال عليه {إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه

فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها، مدفوعة.
أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإن الحوالة مركبة من إيجاب وقبولين.
وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة في جعل اعترافه بتحقق المعاملة حجة عليه بالحمل على الصحة

فليس طرفاً} للعقد {وإن اعتبر رضاه في صحتها} على ما تقدم {مدفوعة} بالإضافة إلى أن جريان أصل الصحة لا يختص بطرف العقد، بل يجري بالإضافة إلى كل من ابتلى بتلك القضية، وإن لم يكن طرف العقد، فلو اختلف رجل وامرأة في صحة عقدهما وبنى على الصحة لم يجز لثالث أن يتزوج بتلك المرأة عملاً بأصالة أنها خلية، إذ أصل صحة العقد جار بالنسبة إلى الثالث أيضاً، كما أنه جار بالنسبة إلى نفس الزوجين.

{أولاً: بمنع كونه طرفاً فـــ} قد تقدم {أن الحوالة مركبة من إيجاب وقبولين} فيقدم قول المحال عليه إذا ادعى الصحة.

{وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة} فإنه لو لم يرض لم تصح الحوالة، وإن لم يكن طرفاً في المعاملة، {في جعل اعترافه بتحقق المعاملة} الحوالة {حجة عليه بالحمل على الصحة} فهو إذا قال بأنه أحيل إليه حملت الحوالة على الصحيح، ولازم صحة الحوالة أنه كان مديوناً، فلا حق له في الرجوع إلى المحيل.

وما ذكره المصنف هو مقتضى القاعدة، لا ما أشكل عليه المستمسك قائلاً: لايتوقف العمل بأصل الصحة على اعترافه، بل إذا ثبت وجود الحوالة وشك في صحتها

نعم لو لم يعترف بالحوالة بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه، يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته، فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه

لزم ترتيب الأثر عليها، وإن لم يعترف بها أحد المتنازعين، فإن القاضي الشرعي يجري الأصل المذكور، ويعمل عليه في تشخيص المدعي والمنكر وترتيب الأحكام، انتهى.

إذ يرد عليه أن مدعي الصحة لو لم يكن طرفاً لم يثبت قوله بالصحة، الصحة المترتبة عليها آثارها، وإن كان رضاه معتبراً، فأب البكر المعتبر رضاه في العقد إذا اعترف بالعقد، فهل ينفع ذلك بالنسبة إلى الرجل والبنت المنكرين للنكاح.

نعم إن الأب بنفسه حسب اعترافه لا يمكنه إجازة ثانية بالنسبة إلى عقدها من رجل آخر، لقاعدة إقرار العقلاء على أنفسهم، وكذا في أمثال ذلك، فقوله إذا ثبت وجود الحوالة غير تام، إذ من أين ثبت وجود الحوالة.

{نعم لو لم يعترف بالحوالة، بل ادعى أنه أذن له في أداء دينه} أو أنه أمره، حيث قد سبق أن الأمر يوجب الضمان لأنه نوع استيفاء، فيشمله: «من أتلف» و«لا يتوى» ونحوهما.

{يقدم قوله} أي المحال عليه، فاللازم أن يوفي المحيل ما أداه إلى المحتال {لأصالة البراءة من شغل ذمته} أي ذمة المحال عليه، إذ الإذن والأمر ليسا حوالة حتى تحمل على الصحة، وحيث لا تكون الصحة إلا بكون المحال عليه مديوناً، مما لازمه عدم شغل ذمة المحيل للمحال عليه بوفائه المال إلى المحتال.

{فبإذنه} أو أمره {في أداء دينه، له مطالبة عوضه} بعد الأداء، لما عرفت من

و لم يتحقق هنا حوالة بالنسبة إليه حتى تحمل على الصحة، وإن تحقق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها.

أنه نوع استيفاء {و لم يتحقق هنا} في الإذن {حوالة بالنسبة إليه} إلى المحال عليه {حتى تحمل على الصحة} ويكون لازمه عدم اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه.

{وإن تحقق} عقد الحوالة {بالنسبة إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها} فأحكام الحوالة تترتب عليهما دون المحال عليه المنكر لها، فالمحال عليه هنا حاله حال أب البكر، فإن اعتراف البنت وزوجها بأنهما عقدا عقداً صحيحاً، مع إنكار الأب الإذن إن قلنا بتوقف النكاح على إذنه، لا يوجب حجية ذلك الاعتراف على الأب، والله سبحانه العالم.

(مسألة ١٠): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل وأدى) فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال، لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء

(مسألة ١٠): {قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: (لو أحال عليه فقبل وأدى) فجعلوا محل الخلاف} في أن الحق مع المحيل أو المحال عليه {ما إذا كان النزاع بعد الأداء} لقولهم: (أدى)، يستفاد من ذلك {أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلاّ بعد الأداء} كما تقدم في كتاب الضمان أن الضامن لا يأخذ البدل من المضمون عنه إلا بعد أن أداه إلى المضمون له.

{فقبله} أي قبل أداء المحال عليه {وإن جعل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال} فإن الحوالة أداء من المحيل للمحتال لفراغ ذمة المحيل بمجرد الحوالة.

{لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء} وإنما قال: (البريء) لأنه إذا كانت ذمة المحال عليه مشغولة بدين المحال، لا يكون المحيل مشغولة ذمته للمحال عليه حتى بعد الأداء.

ثم إن قوله: (قد يستفاد) أراد به قول مثل الشرائع (أدى ثم طالب) وإلا فجامع المقاصد والمسالك ومفتاح الكرامة والجواهر وآخرون، قد صرحوا

والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه، إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرده فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له

بذلك، مثلاً قال أولهم: لا يرجع المحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الأداء، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان، انتهى.

وكذا عبارة غيره، وعللوه بما ذكره من مشابهة الحوالة بالضمان، لأنها نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة البريء، وقد ورد الدليل في باب الضمان بأنه لا تشتغل ذمة المضمون عنه بالمال إلا بعد أداء الضامن، فليكن الحوالة الشبيهة به حكمها حكمه من هذه الجهة.

وهذا هو الذي اختاره غالب المعلقين ومنهم السيد الجمال، خلافاً لجماعة حيث سكتوا على المصنف، مما يظهر منهم موافقته، ومنهم السيدان الوالد وابن العم.

{والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى} ذمة {المحيل بمجرد قبول المحال عليه} البريء، لأن الكلام فيه كما هو واضح.

{إذ كما يحصل به} أي بسبب عقد الحوالة {الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرده} من دون الوفاء الخارجي، فإن المحيل إذا أحال على البريء برأت ذمته بمجرد الحوالة، لأن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فيما إذا قبل المحال عليه، فيبرأ المحيل من الدين، ولذا إذا كان المحال عليه مديوناً للمحيل يسقط دينه بمجرد الحوالة.

{فكذا في حصوله} أي الوفاء {بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له} فقد وفى المحال عليه للمحيل بمجرد الحوالة، لأن ذمته قد

وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً، ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع وخبر الصلح دلا على التوقف على الأداء فيه.

اشتغلت للمحتال فلا شغل لذمته للمحيل.

{وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً} والحاصل: إن أموراً ثلاثة تقع بمجرد الحوالة:

الأول: إن المحيل تبرأ ذمته من المحتال.

الثاني: إن المحال عليه تبرأ ذمته من المحيل، إذا كان مديوناً للمحيل.

الثالث: إن المحيل تشتغل ذمته للمحال عليه إذا كان المحال عليه بريئاً.

{ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل} ذمة {المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه} لأن الضمان يوجب نقل ذمة المضمون عنه إلى الضامن، فإذا اشتغل الضامن بالدين كان اللازم أن يشتغل المضمون عنه للضامن أيضاً ولو قبل الوفاء من الضامن، إذ الاشتغال على الضامن في مقابل الاشتغال له، وإلا لزم أن تشتغل ذمة الضامن بدون أن يكون للضامن في قبال شغل ذمته شيء، وذلك خلاف قاعدة المبادلة.

{إلا أن الإجماع} في الضمان {وخبر الصلح} الذي مر هناك {دلا على التوقف} توقف اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن {على الأداء} من الضامن للدين {فيه} أي في الضمان، فرفعنا اليد عن القاعدة في باب الضمان كان لأجل

دليل خاص على خلاف القاعدة.

{و} لكن {في المقام} باب الحوالة {لا إجماع} على التوقف {ولا خبر} يدلان على أن الشغل بعد الأداء حتى نرفع اليد عن القاعدة بسببهما.

{بل لم يتعرضوا لهذه المسألة} أصلاً، فكيف يكون إجماع في الحوالة كما كان إجماع في الضمان.

أقول: فيه ما عرفت أول المسألة من تعرضهم لها.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في قول جماعة من المعلقين حيث ذكروا أن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلا بعد الأداء إذ به يتحقق استيفاؤه لماله بأمره، وعليه يترتب أن حال الحوالة حال الضمان في بقية الجهات المذكورة في المتن مثل الصلح والإبراء والوفاء بالأقل.

أقول: هذا المعلق وغيره استدلوا بأن كون الحوالة كالضمان من باب القاعدة، لأنهم استدلوا لذلك بقولهم: إذ به، إلخ.

وبعض المعلقين الأخر استدلوا لتساويهما بأن الحوالة ضمان، ولذا كان لها حكم الضمان.

قال السيد البروجردي: الظاهر أن حكمها حكم الضمان في ذلك، إذ هي مع براءة المحال عليه ضمان في المعنى وإن اختلف اللفظ، وخصوصية اللفظ لا دخل لها في نظر العرف، بل الظاهر أن الإبراء والوفاء بالأقل كذلك، انتهى.

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

وفيها ما لا يخفى، إذ تخلص المحيل استيفاء لا أداء، والحوالة غير الضمان مفهوماً، ووحدة الحقيقة لا توجب وحدة الأحكام، وإلا فالهبة المعوضة والبيع لهما وحدة الحقيقة وهكذا.

{وعلى هذا} الذي ذكرناه من أن براءة ذمة المحيل عن المحال بمجرد الحوالة توجب اشتغال ذمته للمحال عليه بمجردها أيضاً {فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء} بمجرد الحوالة.

{بل وكذا} له الرجوع {لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل أو صالحه بالأقل} أو نحو ذلك مما يسبب عدم إعطائه له، أو إعطائه الأقل، كما إذا صار المحتال كافراً حربياً، حيث هدر ماله فلم يؤد المحال عليه له شيئاً.

{فله} للمحال عليه {عوض ما أحاله} المحيل {عليه بتمامه مطلقاً} دفع الكل أو البعض، أو لم يدفع شيئاً {إذا كان} المحال عليه {بريئاً}.

وما ذكره الماتن هو الذي أيده المستمسك، حيث نقل إشكال بعض الأعاظم على المتن بأن استيفاء مال الغير الموجب لضمانه إنما يحصل بالأداء لا بمجرد الاشتغال، فقال: ليس الأمر كذلك لأن الأداء إنما يكون لمصلحة المحال عليه لا لمصلحة المحيل، فإن مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة بما كان فراغ ذمته وصلاح حاله، والأداء له دخل في فراغ ذمة المحال عليه ولا يرتبط بالمحيل

حتى يكون له استيفاء بالمحيل، إلى آخر كلامه.

ومما تقدم ظهر عدم الفرق في مآل الأمر بين الحوالة على البريء والحوالة على المشغول الذمة، ففي كلتيهما ينتقل الأمر من المحيل إلى المحال عليه، فإن كان مديوناً للمحيل برأت ذمته منه، وإن كان بريئاً اشتغلت ذمة المحيل له، من غير فرق بين أن يدفع المحال عليه للمحتال كل الدين أو صالحه أو أبرأه المحتال.

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمته، والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار، واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفياً كما ترى.

ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرر، لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الأداء منه، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه، وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء لأن الحوالة ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل، وعلى هذا إذا اعتقه المولى صح وبطلت الكتابة و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لأنه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة، فيه نظر من وجوه.

وكأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم الأداء إنما هي بالنظر إلى ما مر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء، كما في الضمان، فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال، فبمجردها يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل، لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل

ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح، لأن حاله حال الأحرار من غير فرق بين سيده وغيره، وما عن الشيخ من المنع ضعيف.

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح، فيجب عليه تسليمه للسيد ويكون موجباً لانعتاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا.

(مسألة ١٤): لو اختلفا في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة، فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة، سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده

(مسألة ١٤): {لو اختلفا} المحيل والمحتال {في أن الواقع منهما كانت حوالة أو وكالة} فقال المحيل: كانت وكالة، فاللازم عليك أن تدفع المال إليّ، وقال المحتال: بل حوالة فالمال صار لي. أو قال المحيل: كانت حوالة فلا حق لك أيها المحتال علي، لأن ما في ذمتي نقلت إلى ذمة المحال عليه، وقال المحتال: بل كانت وكالة، فالمال كان لك، فمثلاً إذا تلف في يدي ذهب من كيسك لأني أمين، وقد بقي طلبي عليك. إلى غير ذلك من وجوه نفع مدعي الوكالة أو مدعي الحوالة.

{فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة} كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير على ما نقل عنهم مفتاح الكرامة، ونسب إلى أولهم أنه لا خلاف فيه، وعلله بأن الأصل عدم الحوالة، واستمرار حق القابض على المديون في مفروض القواعد، حيث قال: ولو لم يتفقا على جريان اللفظ، بل قال المستحق: أحلتني، وقال المديون: وكلتك في استيفاء ديني، صدّق المديون.

{سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده} أشار بذلك إلى جماعة منهم، حيث فرقوا قبل القبض وبعده.

هذا، ولكن الأقرب أن المسألة من التداعي، لأن كل واحد منهما يدعي خلاف

وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال

ما يدعيه الآخر، وقد ذكرنا في كتاب القضاء وغيره أن المعيار في كون الشخص مدعياً أو منكراً مصب الدعوى، لا الغرض المقصود من التداعي، لأن المصب هو المنصرف من «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»، وهو الذي جرت عليه سيرة القضاة، فإذا تنازع رجل وامرأة في أنهما زوجان أو لا، وكان غرض المرأة المدعية للزواج تحصيل النفقة فقط، وغرض الرجل المنكر عدم إعطائها لم يلاحظ القاضي الغرض المقصود، بل لاحظ المصب، وكذا في سائر أمثاله.

وعليه فالمقام من التداعي، من غير فرق بين أن يكون الخلاف بين المحيل والمحال عليه كما في المتن، أو بين المحيل والمحتال، أو بين المحتال والمحال عليه، مثلاً يدعي المحال عليه أنك كنت وكيلاً وعزلت بموت الموكل، ويقول المحتال: بل كنت محالاً عليك وأطلب منك الآن وإن مات المحيل، إلى غير ذلك من الفوائد في صورة ادعاء المحتال الحوالة والمحال عليه الوكالة أو صورة عكسها.

{و} منه يعلم أن قول المصنف بتقديم منكر الحوالة لأن {ذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال و} أصالة {بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال} محل منع، ودعوى المبسوط عدم الخلاف بالإضافة إلى أنه ليس بإجماع، يرد عليه ظهور الاستناد إلى القاعدة المذكورة في ميزان المدعي والمنكر، لأن غير واحد استدلوا لتقديم مدعي

الوكالة بذلك، وقد عرفت الإشكال في الميزان المذكور، فلم يصح الاستناد إلى عدم الخلاف.

ثم إن غالب المعلقين، ومنهم السادة الوالد وابن العم والجمال والبروجردي ذهبوا إلى ما في المتن وسكتوا عليه، إلا أن بعضهم ذكر بعض التفاصيل في المسألة، والمستمسك حيث يجعل المعيار في المدعي والمنكر الغرض المقصود لا مصب الدعوى، ذهب إلى ما ذكره المصنف، وبعضهم أشكل على عدم فرق المصنف بين قبل القبض وبعده بما لفظه:

لا إشكال في جريان الأصول المذكورة قبل القبض، وأما بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، لأنه على فرض الحوالة تبرأ ذمته بمجردها، وعلى فرض الوكالة تبرأ بأدائها إلى وكيل المحيل، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنها، وكذلك ذمة المحيل في الحوالة تبرأ بمجردها، وفي الوكالة بأخذه الوكيل بمقدار ما عليه من المحال عليه عوضاً عن دين المحيل. نعم لو كانت الدعوى الوكالة في أخذ المحال بوكالة المحيل والبقاء عنده أمانة فيصح استصحاب اشتغال ذمة المحيل للمحتال واستصحاب عدم انتقال ما أخذه إليه، انتهى.

{و} الـــ {دعوى} التي ذكرها في الجواهر وجهاً لتردد الشرائع، حيث قال المحقق: إذا قال أحلتك عليه فقبض، وقال المحيل قصدت الوكالة، وقال

أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحال، فيكون المنكر للحوالة مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة، مدفوعة بأن مثل هذه اليد لا يكون أمارة على ملكية ذيها، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى أنه دفعه أمانة

المحتال إنما أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنه أعرف بنيته، وفيه تردد.

أما لو لم يقبض إلى آخر كلامه مما يدل على أن كلامه السابق كان بعد القبض، {أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتال، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة} التي كانت الدعوى بعد القبض، وعليه فإذا قبض البعض كان لكل بعض حكمه، وإن أورث التفكيك بين المتلازمين، لأنه غير عزيز بمقتضى الأدلة.

{مدفوعة بأن مثل هذه اليد لا تكون أمارة على ملكية ذيها} وذلك لأن النزاع في سبب هذه اليد، وما دام يكون النزاع هناك لا تحكم اليد لوجود الحاكم على اليد السابق عليها، ولذا اشتهر بينهم أن ذا اليد إذا ادعى الملكية عن سبب معين كان مدعياً، لأنه كما في المستمسك: اليد إنما تدل على المليكة في الجملة، ولا تدل على السبب المدعى، فالمدعي له تخالف دعواه الأصل، انتهى.

والسبب أن أدلة حجية اليد لا تشمل مثل ذلك.

{فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادعى} الدافع {أنه دفعه أمانة

وقال الآخر دفعتني هبة أو قرضاً، فإنه لا يقدم قول ذي اليد، هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع

وقال الآخر} القابض {دفعتني هبة أو قرضاً} أو إعراضاً عن ماله أو ما أشبه ذلك {فإنه لا يقدم قول ذي اليد} باعتبار كونه ذا يد، بل اللازم التحالف، كما نراه من كون المعيار في المنازعات مصب النزاع، لا ملاحظة الغرض وجعل النزاع من باب المدعي والمنكر، على ما اختاره بعضهم كما تقدم.

وبذلك يظهر، وجه النظر في قول المستمسك:

إن المدار في كون الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى، والغرض هو الملكية لا السبب المعين، فالعمدة في عدم حجية اليد في المقام عدم الدليل على حجية اليد، لأن أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلائي وهو يختص بغير هذه الصورة.

{هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما} عند العقد، ولم يكن إلى العلم به سبيل، إذ اللازم في المرافعات فحص الحاكم عما له مدخلية في إحقاق الحق لأنه الموضوع لذلك.

{وأما إذا علم} اللفظ {وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع}، وإن قال أحدهما إنه حين التلفظ لم يرد مفاده، بل أراد غير ظاهره، إذ الإنسان مأخوذ بظاهر كلامه، وإلا لملك كل إنسان أن ينكر أن مراده ظاهر لفظه في الأقارير وما أشبه، مع أنه خلاف المتيقن من سيرة المتشرعة التي أمضاها الشارع، حيث لم يردع عنها، فإذا قال له: عليّ ألف درهم، أو قد طلقت زوجتي، أو أنها تطلب النفقة مني أو ما أشبه، أخذ بظاهر كلامه، ولم يقبل أنه أراد غير الظاهر من

ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال: أنه يقدم قول مدعي الحوالة

هذه الجمل، مثل حذف جملة شرطية في الأول بأن قدر (إن اقرضني) وإرادة إعطائها الاختيار والإطلاق في الثاني، وحذف لفظة: (في المستقبل) في الثالث، إلى غير ذلك.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد، فإن كان قال له: أحلتك بالمائة التي لك عليّ على زيد، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قول مدعيها قطعاً، كما في التذكرة والتحرير، انتهى.

فإن مراده بـــ (لا يحتمل) من جهة الظهور لا النصوصية، ولما ذكرناه في وجه قول المصنف سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم.

{ولو علم أنه قال: أحلتك على فلان، وقال: قبلت، ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال: إنه يقدم قول مدعي الحوالة} كما عن التحرير وجامع المقاصد وتبعهما الجواهر، واستدل له ثانيهما: بما نبه عليه في محكي التذكرة من أن اللفظ الواقع مجرداً عن القرائن يجب حمله على حقيقته، لأن الواجب على المتكلم نصب القرينة إذا أراد المجاز، فالتجرد دليل إرادة الحقيقة، وإلاّ لزم الإغراء بجهل المقصود، والأصل خلافه، فدعواه بعد ذلك مخالفة للأصل، ثم ذكر أنه إذا لم يقدم قول مدعي الحوالة لزم القدح في جميع أبواب البيع والصلح والإقرار والنكاح وغيرها.

أقول: وكأنه أراد إن عدم القدح فيها مقتضى السيرة الواصلة من الشارع، فلزم أن يكون المقام كذلك.

لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة، واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة، وفيه منع الظهور المذكور، نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق منها كلفظ

والمصنف ذكر نصف الاستدلال، أي الصغرى، وأحال الكبرى على وضوحها، قال: {لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله} أي لفظ: أحلت {في الوكالة مجاز، فيحمل على الحوالة} لما تقدم من السيرة ونحوها.

ومقابل قول من يقول بتقديم قول مدعي الحوالة قول الشيخ في محكي المبسوط وجماعة على ما نسبه إليهم المسالك، وتبعهم القواعد، فقالوا بتقديم قول المحيل.

واستدل له في الأخير بأنه أعرف بلفظه وقصده، واعتضاده بالأصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه، وحق المحتال على المحيل، لكن تردد أخيراً فقال: ويحتمل تصديق المستحق عملاً بشهادة اللفظ، كما أن التردد محكي عن التذكرة والشرائع والكفاية، وقد أطال المسالك في تصحيح كلام الشيخ وردّ جامع المقاصد.

ومما تقدم ظهر أن القائلين بتقديم قول المحيل لم يستشكلوا في ظهور لفظ (أحلت)، بل استشكلوا من جهة الأصل، وأنه أعرف بنيته.

فقول المصنف: {وفيه منع الظهور المذكور} محل منع، ولذا قال ابن العم: لا يبعد ظهوره في الحوالة المصطلحة، وقال الوالد: إن (ربما يقال) هو الأظهر، وإن سكت على المتن جماعة منهم السيدان البروجردي والجمال.

{نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يشتق منها كلفظ

أحلت فظهوره فيها ممنوع، كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة، وأما لفظ أوصيت أو أوصيك بكذا فليس كذلك

أحلت} وإحالة، ولم يرد كل مشتق وإلا يشمل مثل: المحيل، والمحتال، والمحال عليه، مع وضوح ظهورها في المصطلحة.

{فظهوره فيها ممنوع} لعدم التلازم بين ظهور المبدأ وظهور المشتق، فهو مثل صحة استعمال أحدهما دون الآخر في بعض المجالات، مثلاً ورد في القرآن الحكيم: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْماءَ﴾[1] و﴿أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ﴾[2] و﴿يُضِلُّ مَنْ يَشاءُ﴾[3]، مع أنه لا يصح إطلاق المعلّم والزارع والمضل بالنسبة إليه سبحانه.

أما ما ذكره المستمسك على قوله (ممنوع) بقوله: فيه نظر، لأن المشتق تابع للمشتق منه ومشارك له في مادة الاشتقاق، نعم كان الأولى له أن يمنع أن يكون (أحلتك) مشتقاً من الحوالة، فلعله مشتق من التحويل، وحينئذ يتخلص من الإشكال المذكور، إلى آخر كلامه.

فيرد عليه، أولاً: إن التبعية في الاشتقاق لا يلزم التلازم في الظهور.

وثانياً: إن الحوالة هي الأصل حتى بالنسبة إلى التحويل، فلا ينفع جعل المشتق منه التحويل.

{كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة، وأما لفظ (أوصيت) أو (أوصيك بكذا) فليس كذلك}، ولذا قال سبحانه: ﴿يُوصيكُمُ اللَّهُ في أَوْلادِكُمْ﴾[4]

(١) البقرة: الآية ٣١.

(٢) الواقعة: الآية ٦٤.

(٣) الرعد: الآية ٢٧.

(٤) النساء: الآية ١١.

فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة محل منع.

واستعملت (وصيتي) في نهج البلاغة في غير المصطلحة، إلى غير ذلك.

وكيف كان {فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة} فيما قال: أحلتك على فلان، {محل منع}، وفي المستمسك: إنه هو المتعين.

أقول: في كلام المصنف نظر، لعدم تسليم منعه الظهور، وإذا كان ظاهراً أخذ بالظهور إلا أن يثبت خلافه، لما عرفت من أن ذلك مقتضى السيرة.

ومنه يعلم أن تجويز المسالك كون لفظ الحوالة مشتركاً بينها وبين الوكالة، لا يصحح كلام الشيخ، لأنه على تقدير تسليم الاشتراك ــ وهو غير قابل للتسليم ــ لا ينفع بعد ظهورها في المصطلحة، فإن صرف الاشتراك لغةً لا يلازم منع الظهور الذي هو المعيار، والله سبحانه العالم.

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي بريء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورتين لظهور

(مسألة ١٥): {إذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن} الذي يطلبه البائع من المشتري، وكذا لو أحال المؤجر الذي يطلبه الأجرة دائنه على المستأجر، إلى غير ذلك كما لو أحالت المرأة دائنها إلى زوجها الذي تطلبه المهر، {أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي بريء أو مديون للمشتري} حيث إن بناء الحوالة في الأمثلة المذكورة على صحة البيع والإجارة والنكاح، {ثم بان بطلان البيع} وغيره {بطلت} أي ظهر بطلان {لحوالة في الصورتين} المذكورتين في المتن، كما في الشرائع والقواعد والمسالك وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة والجواهر وغيرها، بل عن الفخر الإجماع عليه.

وكذا يظهر بطلان الحوالة في الصور التي ذكرناها، نعم إذا ظهر بطلان النكاح وقد دخل بها من دون علم منها ببطلان النكاح استحقت المهر بسبب الدخول، وإن لم تستحق بسبب النكاح، فلا تبطل الحوالة، لأنها تطلب منه المهر.

أما إذا كانت عالمة بالبطلان ومع ذلك أعطته نفسها كانت زانية ولا مهر لبغي فتبطل الحوالة أيضاً.

وإنما تبطل الحوالة في الصور المذكورة {لظهور

عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع، واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال، هذا في الصورة الثانية.

وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالا عليه ويجوز الحوالة على البريء إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه

عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع} وعدم اشتغال ذمة المستأجر للمؤجر، والرجل للمرأة.

نعم إذا استفاد المستأجر من الدار مع بطلان الإجارة كانت الحوالة صحيحة أيضاً، وكذلك إذا استفاد المشتري من المبيع بيعاً باطلاً، إذ البطلان لا يوجب عدم الضمان، لقاعدة اليد والاستيفاء، فمرادهم صورة عدم الاستيفاء.

{واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال} كما علل البطلان بهذه العلة غير واحد منهم {وهذا في الصورة الثانية} أي ما ذكره بقوله: أو أحال المشتري إلخ.

{وفي الصورة الأولى} ما إذا أحال البائع على المشتري {وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء} كما اخترناه في بعض المسائل السابقة {إلا أن} مقتضى كون العقود تتبع القصود، ولا قصد للحوالة حقيقة، فلا حوالة، بالإضافة إلى أن {المفروض إرادة} البائع {الحوالة عليه} على المشتري {من حيث ثبوت الثمن في ذمته} أي ذمة المشتري {فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته} ذمة المشتري {لا عليه} حتى يكون من الحوالة على البريء، لكن ربما يمنع كلا الإشكالين.

أما الأول: فلأنه إنما تبطل الحوالة إذا كان من قبيل التقييد، لا من قبيل تخلف الداعي، وإلا لم يكن وجه للبطلان، كما لا تبطل سائر العقود والإيقاعات إذا تخلف الداعي فيها.

وأما الثاني: فلأنه لا معنى للحوالة على ما في الذمة، فقد سبق في تعريف الحوالة أنها نقل ذمة إلى ذمة، منتهى الأمر أن المحال عليه لو كان مشغول الذمة للمحيل كانت الحوالة استيفاءً من المحيل لدينه، بخلاف ما إذا كان المحال عليه بريئاً.

ومنه يعلم عدم وجه لسكوت جملة من المعلقين أمثال السادة الوالد والبروجردي وابن العم وغيرهم على المتن، وإن أشكل عليه السيدان الجمال والحكيم وغيرهما، قال ثانيهما: فيه إن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه لا إلى ما في ذمته.

نعم قد يلحظ ما في ذمته قيداً للتحويل، وقد يلحظ داعياً، وقد لا يلحظ أصلاً، وفي الأول تبطل الحوالة بفقده لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، ولا تبطل في الأخيرين لانتفاء المقتضي.

أقول: وقد يكون ما في ذمته مصباً، وهو مثل القيد في البطلان، إذ لا مصب، كما تقدمت الإشارة إلى ذلك في بعض المسائل السابقة.

{ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد القبض} للمحال من المحال عليه {ويكون المقبوض باقياً على ملك

المشتري فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى، وعلى البائع في الثانية.

المشتري} أي في الصورة الأولى، وعلى ملك البريء أو مديون المشتري في الثانية، كما في تعليقة الوالد، فإنه إذا أحال المشتري البائع على البريء يكون المقبوض باقياً على ملك البريء، فله الرجوع به، وإذا تلف جاز له الرجوع على كل من المحيل والمحتال ليأخذ بدله.

{فله الرجوع به، ومع تلفه يرجع على المحتال} لأنه القابض ما ليس له {في الصورة الأولى، وعلى البائع في الثانية} لأنه القابض لما ليس له.

ثم من سوق الكلام في البائع والمشتري تعرف كيفية سوقه في المؤجر والمستأجر وغيرهما، مما ألمعنا إليه في أول المسألة، لوحدة الدليل في الكل.

وإذا تلف البعض، فهل الرجوع بقدر نفس ذلك البعض، أو بقدر ما تلف عليه، إذا كانت قيمة البعض تختلف بالانضمام وعدمه كمصراعي الباب والحذاء، المسألة مرتبطة بباب الغصب، ولذا فلا حاجة إلى إطالة الكلام فيه هنا.

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم إنفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة، لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ، فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع، ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده

(مسألة ١٦): {إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين} ذكر في أول المسألة الخامسة عشر.

{ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات} حيث اختار من له الخيار الفسخ، ومنه يعلم حال ما إذا حصل الانفساخ في البعض، حيث إن ذلك يؤثر في عدم تمامية كل الحوالة، مثلاً كانت الحوالة بمائة، فإذا بطل نصف البيع أثر في نصف الحوالة {فالحوالة صحيحة} لشمول الأدلة لها بدون محذور في بقائها {لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن}، نعم لو كانت الحوالة مقيدة بالمديونية للمشتري، أو كون ذلك مصباً، بطلت لذهاب الحكم بذهاب موضوعه أو بذهاب قيده.

أما إذا كانت مشروطة حق له الفسخ أخذاً بالشرط، {فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ} للبيع بالإقالة أو الخيار {فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع} كما قرر في بحث الخيارات.

{ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده} لأن الدليل

فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري بالثمن، وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية، وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي، لأنها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث إنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى، ضعيف

المتقدم في عدم ضرر ذلك بالحوالة شامل لكلتا الصورتين {فهي} أي الحوالة {تبقى بحالها ويرجع البائع} المحيل {على المشتري بالثمن} لأن البائع قد قبض الثمن من المحال عليه، فاللازم عليه أن يرد الثمن بعد بطلان البيع.

{وما عن الشيخ} في المبسوط {وبعض آخر} وهم أصحاب الإيضاح وجامع المقاصد ومجمع البرهان على ما حكي عنهم {من الفرق بين الصورتين، والحكم بالبطلان في الصورة الثانية، وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي} بل في مفتاح الكرامة: إن البطلان هو مذهب كل من قال إن الحوالة استيفاء {لأنها تتبع البيع في هذه الصورة، حيث إنها بين المتبايعين} فإذا بطل البيع بطلت الحوالة.

{بخلاف الصورة الأولى} وهي ما إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، فإنها لاتبطل، {ضعيف} لعدم الفارق بين الصورتين، فاللازم إما بطلان الحوالة فيهما، أو صحة الحوالة فيهما، لأن الحوالة في الصورة الأولى وقعت من البائع على الثمن، وفي الصورة الثانية وقعت من المشتري بالثمن، فإن كان بطلان الثمن لفسخ المعاملة موجباً لبطلان الحوالة لزم بطلانها في كلتا الصورتين، وإن لم

يكن بطلان الثمن موجباً لبطلان الحوالة لم تبطل الحوالة في كلتا الصورتين.

وكأنه لذا تردد المحقق في الشرائع والعلامة في الإرشاد في البطلان، ونقل مفتاح الكرامة التردد عن التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك.

{والتبعية} أي تبعية الحوالة للبيع {في الفسخ وعدمه} فإذا فسخ البيع بطلت الحوالة، وإن بقي البيع بقيت الحوالة {ممنوعة} إذ الحوالة تكون على الذمة لا على المال والذمة باقية.

نعم إذا كان الثمن مأخوذاً مصباً أو قيداً بطلت الحوالة، لأنه لا مال بعد الفسخ.

أما إذا أخذ الثمن شرطاً، كان له الفسخ للحوالة باعتبار تخلف الشرط، وإذا أخذ داعياً، أو لم يلحظ أصلاً لم يكن وجه لبطلان الحوالة.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: المال مأخوذ قيداً تارةً، وداعياً أخرى، وغير ملحوظ ثالثة، والتبعية تختص بالصورة الأولى لا غير، وفيها أيضاً لا تبعية في الفسخ، انتهى.

يرد عليه أولاً: إنه لم يذكر الشرط والمصب مع أنهما اعتباران يختلف الحكم حسبهما باعتبار أن العقود تتبع القصود.

وثانياً: إن التبعية ليست خاصة بصورة واحدة فقط.

وثالثاً: إنه لا بد من القول بالتبعية في الفسخ في القيد، لأن المقيد عدم عنه عدم قيده.

ومما تقدم يظهر وجه التأمل في كلام الشرائع، حيث فصل بين الموضعين، قال:

إذا أحال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لأنها تتبع البيع وفيه تردد، أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري ثم فسخ المشتري بالعيب أو بأمر حادث لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، انتهى.

إذ لا فرق بين الصورتين، سواء فيما أخذ الثمن مصباً أو قيداً، أو شرطاً أو داعياً، أو غير ملحوظ في الانفساخ في الأولين، وعدمه في الأخيرين، ومراعى في الأوسط، كما يظهر وجه التأمل في قول المحقق بعد ذلك، ولو ثبت بطلان البيع ــ أي من أصله لا من الفسخ ــ بطلت الحوالة في الموضعين، انتهى.

إذ اللازم نفس ذلك التفصيل بين المصب والقيد وغيرهما هنا أيضاً، ولا يقف أمام هذا التفصيل الذي ذكرناه قول الجواهر في تعليل كلام الشرائع بقوله: لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه، وإن قلنا بجواز الحوالة على البريء فإن الفرض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته، فهي حوالة على ما في ذمته لا عليه، انتهى.

إذ لماذا فرض كون الحوالة هنا مقيدة أو جعل الثمن مصباً، ولم يفرض ذلك في الصورتين المتقدمتين، مع أن عقد الحوالة يمكن تصوره على كل الأنحاء الخمسة في كل فروض الشرائع الثلاثة.

نعم هي تبع للبيع حيث إنها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين، وربما يقال: ببطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا إنها اعتياض، والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء، لأنها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع

{نعم هي تبع للبيع حيث إنها واقعة على الثمن، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين} وإن حاول المستمسك جعل الفرق بينهما بما ليس بفارق {وربما يقال} والقائل العلامة في القواعد والتذكرة {ببطلانها إن قلنا إنها استيفاء، وتبقى} الحوالة على حالها بعد الفسخ أيضاً {إن قلنا إنها اعتياض} قال كما في الأولى بما لفظه:

ولو احتال البائع ثم ردت السعلة بعيب سابق، فإن قلنا إن الحوالة استيفاء بطلت لأنه نوع إرفاق، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً، ثم فسخ فإنه يرجع بالصحاح، وإن قلنا إنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فإنه يرجع بالثمن لا الثوب.

{والأقوى البقاء} للحوالة {وإن قلنا إنها استيفاء} بالمعنى الأعم، وبذلك يظهر وجه النظر في قول السيد الجمال كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض، ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر {لأنها معاملة مستقلة} فليس إيفاءً مجرداً حتى تبطل الحوالة ببطلان البيع، بل هي {لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع} بل ولو لم تكن الحوالة لازمة كان الأمر كذلك، فقوله (لازمة) من باب بيان الحقيقة، لا من باب توقف عدم البطلان عليه.

وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح، أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسرة

{وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة} حتى ترتبط بالبيع {كما} مثال (ليس) {إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً}.

أقول: الشيء الآخر قد يكون بينه وبين الثمن نوع قريب كالحيوان المدرب والحيوان غير المدرب، وقد يكون بينهما نوع بعيد كالشجر والحجر، وكلاهما يصلح وفاءً إذا لاحظ المالية دون الخصوصية، فإنه إذا لوحظت الخصوصية كان في كليهما اعتياض، وإذا لوحظت المالية كان في كليهما وفاء، فقول المستمسك: في كون ذلك من الوفاء إشكال، لأن الوفاء أرادها في الذمة والجنس الآخر أجنبي عما في الذمة فلا يكون أداءً له، نعم إذا كان الاختلاف بالصفات مثل الصحاح المكسرة يمكن تنازل المشتري عن الوصف فيدفع غير الموصوف، كالصحيح بدل المكسور، فيكون الوفاء بالنسبة إلى الذات، وهذا المعنى لا يأتي مع اختلاف الذات، انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد ظهر أن الاختلاف بقصدهما المالية أو مع الخصوصية، ففي الأول يكون كلاهما وفاءً، وفي الثاني يكون كلاهما اعتياضاً.

{حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسرة} التي وقع عليها البيع.

فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه، حيث إن الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

لا يقال: بل اللازم أن يرجع إليه الدراهم المكسرة، لأن المعطي أعرض عن صفة الصحة عند إعطاء الصحيحة، فالذي يطلب منه بعد الفسخ المكسرة فقط، أي بدون صفة الصحة، وكذلك إذا أعطاه دابة غير معلمة مكان الدابة المعلمة ورضي به المشتري، لأن الصفة سقطت بالإعراض.

لأنه يقال:

أولاً: الفسخ يجعل البيع كأن لم يكن، فيرجع كل شيء إلى صاحبه.

وثانياً: كان الاعراض مقيداً، فإذا ذهب القيد ذهب الاعراض.

ولا يقال: إنه كالإبراء لا يمكن الإرجاع فيه.

لأنه يقال: حيث كان القيد اعتباراً عقلائياً وأنهم يرون الرجوع حيث الفسخ لم يكن كالإبراء، فإن الشرع في المعاملات أمضى العقلائيات إلا ما استثني، وليس المقام من المستثنى، إذ لا دليل على الاستثناء.

{فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة، بل يتبع البيع في الانفساخ} فيرجع كل شيء إلى حالة ما قبل البيع {بخلاف ما نحن فيه} من الحوالة {حيث إن الحوالة عقد لازم، وإن كان نوعاً من الاستيفاء}.

ثم إذا قبض المحتال المال ثم ظهر بطلان البيع رجع المحال عليه على المحتال بعين ماله إن كانت موجودة، وببدلها إن كانت تالفة لقاعدة «على اليد»[1].

وللمسألة فروع تظهر مما ذكر.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٢ الباب ١ من أبواب الوديعة الحديث ١٢.

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي، فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده، فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه، وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة، وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته

(مسألة ١٧): {إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال} إذ يحق له أن لا يقبل، لأنه مقتضى تسلطه على نفسه وماله، {والمحال عليه} إذ يحق له أن لا يقبل لأنه مكلف بدفعه إلى المالك، لا إلى من أحاله عليه، فإن جبره أن يدفعه إلى المحتال خلاف سلطنته على نفسه.

{وجب عليه الدفع إليه} الظاهر أن قبول الوكيل الدفع إلى المحتال لا يسقط سلطنته على نفسه، إذ القبول ليس عقداً لازم الوفاء، فللوكيل بعد أن قبل أن يرجع من قبوله، ويدفعه إلى نفس المحيل، ولذا أشكل المستمسك في وجوب ذلك قال: وكما يمكن الفرار عن التصرف في المال بغير إذن مالكه بالدفع إلى المحتال يمكن بإرجاعه إلى المالك.

نعم إذا تعذر الدفع إلى المالك حينئذ وجب الدفع إلى المحتال، لئلا يلزم التصرف في مال المالك بغير إذنه، وحينئذ لا يتوقف وجوب الدفع على قبوله الحوالة.

{وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة} لأنه ليس انتقال الدين من ذمة إلى ذمة.

{و} حينئذ {إذا لم يدفع} المحال عليه المال إلى المحتال {له الرجوع على

ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه للغرور.

المحيل لبقاء شغل ذمته} بل له الرجوع وإن استعد المحال عليه الدفع، إذ قد تقدم أن القبول لا يسبب اللزوم، لأنه ليس بعقد لازم الوفاء.

{ولو لم يتمكن} المحتال {من الاستيفاء منه} أي من المحيل بعد أن أحاله {ضمن الوكيل المحال عليه} فللمحتال إجباره، وإن لم يكن فالتقاص منه، {إذا كانت الخسارة الواردة عليه} على المحتال {مستنداً إليه} إلى المحال عليه {للغرور} فإن المحال عليه حيث قبل إعطاء المحتال المال، كان غاراً له، فإنه إذا لم يكن قبل أجبر المحتال المحيل على الدفع، فقبول الوكيل تغرير، والمغرور يرجع إلى من غر، فهو مثل ما إذا قبل المحال عليه وسافر أو مات المحيل مما أوجب تعذر الرجوع عليه.

وهذا هو الذي أيده غالب المعلقين بالسكوت على المتن، كالسادة الوالد وابن العم والبروجردي وغيرهم، وإن أشكل عليه السيد الجمال بأن التشبث بقاعدة الغرور ضعيف غايته، وفيه ما تقدم، ولذا قال المستمسك: قاعدة الغرور شاملة للمقام، ومجرد عدم وجوب الوفاء بالوعد والقبول لا يمنع من صدق الغرور، فإن الغرور لم يكن مستنداً إلى وجوب الوفاء، بل مستنداً إلى الثقة بالوفاء بالوعد، انتهى.

أما ما أشكل على المتن بعض المعلقين من الاغتشاش في هذه المسألة،

ففيه: إنها كسائر المسائل التي تختلف أنظار الفقهاء فيها، فلا ترمى بالاغتشاش، وإنما باختلاف النظر.

والله سبحانه العالم.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

قم المقدسة

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

المحتويات

كتاب الحوالة

٢٤٣ . ٣٤٨